

Jan Wiktor Tkaczyński¹

**Prawa człowieka i obywatela jako moralny kierunkowskaz
ustrojowy Republiki Federalnej Niemiec**

Słowa kluczowe: Niemcy, prawa człowieka, prawo konstytucyjne

Keywords: Germany, human rights, constitutional law

Streszczenie

Koniec ustawowego bezprawia w przebraniu narodowosocjalistycznym dowiódł ponad wszelką wątpliwość, że istnieją wartości, które są trwałe i niezniszczalne. Starzeją się, to prawda, jak wszystko na świecie, lecz nie stają się przestarzałe. Stąd biorąc za punkt wyjścia rozważań doświadczenia zbiorowe i jednostkowe wyniesione z okresu narodowosocjalistycznego panowania nie można zapomnieć o ówczesnym kontekście historycznym: tak państwo jak społeczeństwo zostało poddane ideologicznym eksperymentom, które sprowadzają do wspólnego mianownika pogarda dla jednostki i kult mas. Nigdy przedtem indywidualizm nie znaczył tak mało. I nigdy przedtem wolność jednostki nie stanowiła tak deficytowego towaru. Zastanowić się zatem głębiej, to można bez obawy popełnienia pomyłki zaryzykować tezę, że u autorów niemieckiej konstytucji z 1949 r. musiały wyniesione doświadczenia najwidoczniej przeorać wyobraźnię ustrojową w sposób gruntowny, skoro otwierające Ustawę Zasadniczą zdanie brzmi: „Godność człowieka jest nienaruszalna”. Z ustrojowego punktu widzenia przyjęte rozwiązanie także dlatego zaskakuje, ponieważ w typowym (i dodajmy nadal szeroko praktykowanym) uregulowaniu pierwszego artykułu konstytucji czytamy o tym, do kogo w państwie należy władza, albo jaką formę ustrojową dane państwo przyjęło.

¹ Autor jest profesorem w Instytucie Europeistyki Wydziału Studiów Międzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. E-mail: jan.tkaczynski@wp.pl.

Summary

Human and citizen rights as moral and political indicator of German Federal Republic legal system

The end of Nazism lawlessness, proved – beyond reasonable doubt – that values which are sustainable and unbreakable exists. These values are getting older – as everything in this world, but does not become outdated. As a starting point shall be taken joint and individual experiences from National-Socialists period, which cannot be forgotten, especially from perspective of historical context: the state and society were impact by ideological experiment. The experiment had a common meaning – individuals disregard and cult of masses. Never individualism did not mean so few. And never the freedom of individual was so deficit commodity. When thinking deeper on this subject, it is – without any doubts, possible to assumed, that these past experiences had strong and thorough influence on authors of German constitution from 1949. It shall be emphasized that the opening word of the German Basic Law is: „The human dignity is irrebuttable”. From the point of legal system, it is striking, because in typical (and – commonly used in other democratic systems) opening constitutional provisions, we can read, to whom the power in the state is dedicated, or what is the legal form of state.



Koniec ustawowego bezprawia² w przebraniu narodowosocjalistycznym dowiódł ponad wszelką wątpliwość, że istnieją wartości, które są trwałe i niezniszczalne. Starzeją się, to prawda, jak wszystko na świecie, lecz nie stają się przestarzałe. Stąd badającego problematykę uzależnienia polityki od ideologii w Trzeciej Rzeszy musi uderzać nie tyle natężenie idei fałszywych, jakie wystąpiły w narodowym socjalizmie, ile zastanawiać sukces filozofii totalnego zniewolenia. Więcej, powodzenie ideokracji, która w przeciwieństwie do demokracji imponowała wprowadzić sprawnie reżyserowanym rozmachem, ale przemawiała przecież językiem-ułudą. Językiem też efektow-

² Tak według klasycznego już dzisiaj tytułu artykułu Gustava Radbrucha z 1946 r.: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, [w:] *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Hrsg. A. Kaufmann, Heidelberg 1987–2003, t. III, s. 83–93.

nych, co nic nie mówiących. Błyskotliwie niekiedy stwierdzającym objawy i niczego nie uczącym zarazem o przyczynach. Językiem, o którym da się powiedzieć, że był nie tylko prostą kontynuacją podjętego przez dziewiętnastowiecznych wizjonerów demontażu prawd elementarnych, ale przede wszystkim otwarciem śluz dla relatywizmu znaczeniowego, polegającego na podstawianiu pod ogólnie przyjęty kod uznawanych społecznie wartości, systemu wartości pozornych, otrzymanych drogą dewaluacji i relatywizacji *principium verum*.

Ta wrodzona zdolność relatywizmu do usuwania ustalonych zasad wyprowadza jednak nawę państwową na wody, gdzie nie ma żadnych znaków orientacyjnych. A kiedy – jak celnie to ujął Paul Johnson – praworządność ustępuje przed siłą, a moralne absoluty przed relatywizmem, następuje wielka ciemność i nie sposób odróżnić anioły od diabłów³. Wiemy to przecież wszyscy dobrze: zło nie posiada instrukcji obsługi. W tej sytuacji, gdy posłuszeństwo wobec państwa zostało uwolnione od restrykcji sumienia, a prawidła logiki zawodziły nawet u luminarzy epoki, przestaje dziwić rozkwit ideologii opierającej swoje istnienie na nienawiści jako kryterium poznawczym świata. Ideologii, w której tle tkwi nie tyle filozofia polegająca na ciągłym manifestowaniu swojej lepszości, ile na nieustannym dowodzeniu, że to inni stanowią zagrożenie, że to inni są bezwartościowi. Ideologii charakteryzującej się w ostatecznym rozrachunku zamiłowaniem do wrzasku uporządkowanego w hasła i ustawiania masy ludzkiej w geometrię ruchomego mięsa. Tylko intronizowanie takiej właśnie ideologii jako arbitra wszelkiego myślenia i prawodawcy wszelkiego postępowania, może objasnić zamiar zbudowania państwa, w którym wszystko wprowadzie miało biec wedle ustalonego porządku, ale w porządku nie było⁴.

³ P. Johnson, *Historia świata*, London 1992, s. 268.

⁴ J.C. Fest, *Das Gesicht des Dritten Reiches. Profile einer totalitären Herrschaft*, München 1980, s. 119–120. Z ostatnio wydanych prac zasługują w tej kwestii na uwagę: B. Zehnpeffnig, *Hitlers Mein Kampf. Eine Interpretation*, München 2000; F.A. Hayek, *Der Weg zur Knechtschaft*, München 2003; L. Fritze, *Verführung und Anpassung. Zur Logik der Weltanschauungsdiktatur*, Berlin 2004.

I. Niemieckie doświadczenia historyczne a usytuowanie praw człowieka w Ustawie Zasadniczej

Że w Niemczech napisano najwięcej na świecie traktatów z pogranicza filozofii prawa i polityki, jest to sprawa znana. Tym niemniej biorąc za punkt wyjścia rozważań doświadczenia zbiorowe i jednostkowe wyniesione z okresu narodowosocjalistycznego panowania nie można zapomnieć o ówczesnym kontekście historycznym: tak państwo jak społeczeństwo zostało poddane ideologicznym eksperymentom, które sprowadzają do wspólnego mianownika pogarda dla jednostki i kult mas. Nigdy przedtem indywidualizm nie znaczył tak mało. I nigdy przedtem wolność jednostki nie stanowiła tak deficytowego towaru.

Zastanowić się zatem głębiej, to można bez obawy popełnienia pomyłki zaryzykować tezę, że u autorów nowej niemieckiej konstytucji musiały wyniesione doświadczenia najwidoczniej przeorać wyobraźnię ustrojową w sposób gruntowny, skoro otwierając Ustawę Zasadniczą zdanie brzmi: „Godność człowieka jest nienaruszalna”⁵. Z ustrojowego punktu widzenia przyjęte rozwiązanie także dlatego zaskakuje, ponieważ w typowym (i dodajmy nadal szeroko praktykowanym) uregulowaniu pierwszego artykułu konstytucji czytamy o tym, do kogo w państwie należy władza, albo jaką formę ustrojową dane państwo przyjęło.

Przedstawione rozwiązanie stanowi *novum* ustrojowe również z tego powodu, gdyż oznacza przeniesienie politycznego punktu ciężkości ze zbiorowości (lud, naród) na jednostkę. To nie zbiorowość (jakkolwiek byłaby ona definiowana), ale właśnie każda istota ludzka z jej niezbywalnymi prawami jest odtąd zarówno punktem wyjścia, jak i punktem odniesienia dla każdego działania politycznego państwa⁶. Gdyby zatem podstawowe pytanie: do kogo należy władza według rozważań klasyków francuskich, bądź w jaki, najlepszy sposób można tę władzę kontrolować w myśli angielskiej potraktować jako dwa różne modele politycznego urządzenia państwa, to musielibyśmy przyznać pomysłowi niemieckiemu, nie tak wprawdzie fundamentalnemu jak wymienione, przynajmniej istotne znamiona uzupełniające.

⁵ Art. 1 ust. 1 zdanie 1 Ustawy Zasadniczej z 23 maja 1949 r., (BGBl. I, 1949, nr 1), s. 1.

⁶ Art. 1 ust. 1 zdanie 2 oraz art. 1 ust. 2 i 3 Ustawy Zasadniczej z 23 maja 1949 r.

Usytuowanie praw człowieka i obywatela na początku konstytucji nabiera szczególnego znaczenia, jeśli wziąć pod uwagę, że zatytułowane jako „Prawa podstawowe” (*Grundrechte*) stanowią one cały rozdział pierwszy niemieckiej Ustawy Zasadniczej. Ale znajdziemy je nie tylko tam. Rozproszone występują bowiem także w innych częściach konstytucji. Stąd porządkując ich miejsce i znaczenie według zastosowanego w Ustawie Zasadniczej trojkiego rozróżnienia językowego, wypada określić zawarte w katalogu prawa podstawowe rozdziału pierwszego jako te, o których da się powiedzieć, że tworzą grupę praw kardynalnych. O pozostałych przyjdzie natomiast powiedzieć, że są to gwarancje o charakterze praw podstawowych (w tym – rzecz jasna – środki ochrony wolności i praw, tj.: art. 101 ust. 1; art. 103; art. 104 ust. 2 i 3 UZ)⁷. Trzecią wreszcie grupę tworzą inne uregulowania w randze konstytucyjnej, które odnoszą się do praw podstawowych⁸.

Wprowadzone przez ustawodawcę w odniesieniu do praw podstawowych rozróżnienie terminologiczne ma przede wszystkim znaczenie procesowe⁹. W przypadku wątpliwości co do uznania za takie określonego prawa podstawowego, miernikiem poprawności jest wyliczenie go przez ustawodawcę w pierwszym rozdziale Ustawy Zasadniczej¹⁰. Zastrzeżenie to zasługuje na naszą uwagę również dlatego, ponieważ fakt ten przekłada się na zasadność ewentualnego złożenia skargi konstytucyjnej. Jest ona możliwa tylko w sytuacji naruszenia kardynalnych praw podstawowych (a więc praw w wąskim tego słowa znaczeniu) lub gwarancji o charakterze praw podstawowych (art. 20 ust. 4; 33; 38; 101; 103 i 104 UZ). Wyłączone z takiego procedowania

⁷ W tej grupie znajdują się także m.in.: art. 20 ust. 4 (prawo do oporu społecznego); art. 33 ust. 2 (równouprawnienie w dostępie do urzędów publicznych); art. 38 ust. 2 (biernie i czynne prawo wyborcze).

⁸ Tutaj pomieszczono te prawa, w stosunku do których nie znajdują zastosowania rozwiązania art. 93 ust. 1 pkt 4a UZ. Są to m.in.: przywileje deputowanych do parlamentu: art. 46 ust. 1 (indemnitet) oraz art. 46 ust. 2–4 (immunitet). Dodatkowo w tej grupie znalazły się przejęte z Konstytucji Weimarskiej uregulowania według art. 140 UZ.

⁹ Art. 93 ust. 1 pkt 4a Ustawy Zasadniczej z 23 maja 1949 r. według nowelizacji z 29 stycznia 1969 r., (BGBl. I, 1969, nr 11), s. 97.

¹⁰ Wątpliwości w doktrynie budzi jednakże przypadek art. 19 ust. 1–3 UZ. Pomimo i wyliczenia w rozdziale pierwszym, i właściwego określenia językowego dyskusyjne pozostaje, czy uregulowania tego artykułu znajdują zastosowanie do kategorii gwarancji o charakterze praw podstawowych. Por. R. Zippelius, Th. Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, München 2008, Rdnr 18, s. 169.

są natomiast wszystkie inne wspomniane uregulowania konstytucyjne – według art. 93 ust. 1 pkt 4a UZ – odnoszące się do praw podstawowych.

Zaprezentowana typologia praw podstawowych nie mogłaby uchodzić za pełną, gdyby zabrakło tutaj odniesienia do ich umieszczenia również w konstytucjach krajów związkowych Republiki Federalnej Niemiec. Ten, skądinąd interesujący zabieg ustrojowy w formie podwójnej, tj. federalnej i krajowej rękojmi praw i wolności obywatelskich, pozwala lepiej wejrzeć w strukturę federalną państwa niemieckiego. I, co szczególnie ważne, także w jego funkcjonowanie. Za generalne rozwiązanie w tej materii przyjmuje się to, które powiada, że prawa podstawowe według prawa federalnego obowiązują równolegle z prawami podstawowymi według prawa danego kraju związkowego.

Tym niemniej Ustawa Zasadnicza dopuszcza obowiązywanie wspomnianych praw tylko wtedy, gdy uregulowania krajowe (także później ogłoszone) pozostają – jak definiuje to art. 142 UZ – w zgodzie z treścią praw podstawowych zawartych w artykułach od 1 do 18 Ustawy Zasadniczej. Owa zgodność jest dorozumiana wówczas, gdy (a) uregulowania obu wspomnianych kategorii pokrywają się co do sensu, bądź (b) uregulowanie krajowe wykracza ponad uregulowanie federalne lub (c) oferuje mniejszą ochronę. Ten ostatni przypadek, interpretacyjnie zaskakujący w pierwszym momencie, wyjaśnia Bodo Pieroth w taki sposób, że w istnieniu „mniej obszernych krajowych praw podstawowych nie leży sens wykluczania przez inne uregulowania dalej idącej ochrony, a co przekłada się na brak kolizji z federalnymi prawami podstawowymi”¹¹.

Pamiętając, że art. 142 UZ odgrywa niemałą rolę również w przypadku wykładni gwarancji o charakterze praw podstawowych¹², konieczne jest zarazem przywołanie i tego znaczenia rzeczzonego artykułu, które da się odczytać chociażby w ten sposób, że prawa podstawowe zawarte w konstytucjach krajowych są zaledwie odbiciem praw podstawowych w Ustawie Zasadniczej. Ograniczoną zatem moc wiążącą prawodawstwa krajowego w porów-

¹¹ B. Pieroth, *Artikel 142*, [w:] H.D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2007, Rdnr 3, s. 1148. „Denn die weniger weit reichenden Landesgrundrechte haben regelmäßig nicht den Sinn, weitergehenden Schutz durch andere Vorschriften auszuschließen, so dass auch keine Kollision mit dem Bundesgrundrecht vorliegt”.

¹² Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (dalej: FTK) z 15 października 1997 r., (BVerGE 96, 345, 364).

naniu z obowiązywaniem prawodawstwa federalnego pokazuje dobitnie uregulowanie art. 31 UZ, które określa możliwość uznania aktów prawodawstwa krajowego za nieważne nie tylko w drodze ustawy federalnej, ale nawet rozporządzenia federalnego¹³.

Równoległe istnienie dwóch obowiązujących systemów praw podstawowych, tj. systemu federalnego obok systemu praw krajowych, niesie ze sobą atoli i takie ustrojowe wyzwanie, że do realizacji ochrony wspomnianych praw została dopuszczona droga ich dochodzenia przed dwoma rodzajami sądów konstytucyjnych: Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym oraz krajowymi sądami konstytucyjnymi. Zważywszy jednak, i bynajmniej nie tylko teoretycznie, na realne niebezpieczeństwo dwojakiego orzecznictwa, trudno nie podzielić ostrzegawczego głosu Reinholda Zippeliusa i Thomasa Würtenbergera, gdy piszą, że „podwojenie możliwości [wniesienia] skargi konstytucyjnej prowadzi m.in. do trudności, gdy sąd krajowy przeprowadza postępowanie uregulowane prawem federalnym”¹⁴. Zwłaszcza, dodajmy, jeśli federalne prawo procesowe korzystając z pierwszeństwa także wobec krajowych praw podstawowych, nie daje się z nimi w trakcie wykładni najczęściej pogodzić.

Do uporządkowania, a przynajmniej objaśnienia ustrojowych relacji federacja – kraje związkowe w aspekcie ochrony praw podstawowych, walenie przyczyniły się orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. To dzięki jednemu z nich wiemy, że wniesienie skargi konstytucyjnej do krajowego sądu konstytucyjnego jest niedopuszczalne, jeśli w przedmiocie skargi miało już miejsce wydanie orzeczenia przez sąd federalny¹⁵. To pozwala powiedzieć, że stwierdzenie naruszenia prawa podstawowego wiąże się nieodwołalnie z wyczerpaniem ostatniej możliwej drogi instancyjnej przed sądem krajowym. Dopiero w takim przypadku sędziowie sądu krajowego mogą odwołać się zarówno do praw podstawowych przewidzianych w Ustawie Zasadniczej, jak i oprzeć się na prawach podstawowych według danej konstytucji krajowej.

Określone krajowe prawo podstawowe może przy tym służyć krajowemu sądowi konstytucyjnemu za probierz orzekania, ale tylko pod tym wa-

¹³ Orzeczenie FTK z 30 kwietnia 1952 r., (BVerGE 1, 264, 280).

¹⁴ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 23, s. 170. „*Die Verdoppelung der Möglichkeit von Verfassungsbeschwerden führt u.a. zu Schwierigkeiten, wenn ein Landesgericht ein bundesrechtlich geregeltes Verfahren durchführt*”.

¹⁵ Orzeczenie FTK z 15 października 1997 r., (BVerGE 96, 345, 371).

runkiem, że jest ono co do treści identyczne z odpowiednim prawem federalnym. Reguła ta dopuszcza jednak wyjątek, aczkolwiek w bardzo ścisłych granicach. Jest nim sytuacja, w której prawodawstwo federalne pozostawiając po stronie krajowej szerszy margines swobodnego kształtowania i uznania w prawodawstwie, dopuszcza tym samym oddziaływanie na skalę tego zabiegu za pomocą krajowych praw podstawowych, które są gwarantowane w szerszym zakresie, aniżeli ma to miejsce w Ustawie Zasadniczej¹⁶.

W prezentowanym postępowaniu nie może naturalnie zabraknąć odniesienia do roli orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Jeżeli wykładni federalnych praw podstawowych podejmuje się krajowy sąd konstytucyjny, to jest on zawsze związany – stosownie do art. 31 UZ – orzecznictwem właśnie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego¹⁷. Nie dziwi zatem, że naturalną konsekwencją naruszenia w drodze orzeczenia sądowego praw podstawowych umieszczonych w konstytucji krajowej, a które pozostają identyczne co do treści z prawami podstawowymi zapisanymi w Ustawie Zasadniczej, jest możliwość uchylecia takiego orzeczenia przez krajowy sąd konstytucyjny¹⁸.

Inny przypadek stanowi (ewentualny) brak kongruencji między określonym federalnym a krajowym prawem podstawowym. W takim stanie rzeczy nie mogą orzeczenia zapadłe w postępowaniu federalnym stać się przedmiotem krajowej skargi konstytucyjnej. Jeśli zatem krajowy sąd konstytucyjny zmierzając do osiągnięcia takiej (pożądaney) tożsamości chciałby odejść przy wykładni praw podstawowych zawartych w Ustawie Zasadniczej od orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (lub innego krajowego sądu konstytucyjnego), to nie może zignorować obowiązku przywołania art. 100 ust. 3 UZ jako podstawy procedowania¹⁹.

Spektrum przedstawionych możliwych dróg realizacji ochrony praw podstawowych pozwala powiedzieć, że mamy tutaj do czynienia z wielostopniowym systemem ochrony tych praw. Dwa pierwsze stopnie stanowią porządek prawny krajów związkowych (krajowe sądy konstytucyjne) oraz federalny (Federalny Trybunał Konstytucyjny). Kolejnymi stopniami, któ-

¹⁶ Ibidem, (BVerGE 96, 345, 366).

¹⁷ Ibidem, (BVerGE 96, 345, 374).

¹⁸ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 27, s. 170.

¹⁹ Orzeczenie FTK z 15 października 1997 r., (BVerGE 96, 345, 374 n.).

rymi się tutaj nie zajmujemy, są natomiast systemy supranarodowe i prawa międzynarodowe. W roli instytucji stojących na straży ochrony praw podstawowych występują w tym przypadku – stosownie do art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Sąd Unii Europejskiej (poprzednio Sąd Pierwszej Instancji) oraz jako jedyny wymieniony w Traktacie sąd wyspecjalizowany – Sąd ds. Służby Publicznej Unii Europejskiej²⁰.

Inaczej natomiast jest z niezależnym od podanych sądów, czyli z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Podstawę jego działania stanowi bowiem Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (inaczej także Europejska Konwencja Praw Człowieka)²¹. Aczkolwiek funkcjonowanie wszystkich wymienionych sądów dowodzi bezsprzecznie wysokiego uznania dla wspomnianych praw i wolności, to tym niemniej należy pamiętać, że również w relacjach narodowe sądownictwo konstytucyjne *versus* sądownictwo międzynarodowe nie brakuje kwestii (nadal) nierozwiązanych.

II. Modelowe sposoby konstytucyjnej ochrony praw podstawowych

Doświadczenie historyczne pokazuje (i uczy zarazem), jak bardzo na przestrzeni tylko ostatnich kilkudziesięciu lat zmienia(ło) się pojmowanie praw człowieka i podstawowych wolności. To, co jeszcze na sztandarach Rewolucji Francuskiej było zaledwie szczytnymi hasłami, urosło bowiem – w historycznym rozwoju – do stale rozbudowywanego katalogu praw i wolności. Mówienie jednak (i pisanie) o nich nie zwalnia tutaj z przypomnienia, że to właśnie dorobkowi myśli politycznej wywiedzionej z Rewolucji Francuskiej zawdzięczamy, utrzymamy do dzisiaj, podział na prawa człowieka i podstawowe wolności. Z tego samego źródła możemy także zaczerpnąć rozumienie funkcji praw podstawowych w trojakim znaczeniu.

²⁰ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) z 26 października 2012 r., (Dz. Urz. UE 2012, C 326/13), s. 27.

²¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r., (Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284. Wersja Konwencji po nowelizacji przez Protokół 11 i 14, dostępna: <http://www.strasbourg.mfa.gov.pl/resource/fedf40b7-3c0a-42d2-8bdf-296772ce7295> (10.04.2018).

Zgodnie z tradycją liberalną, pierwszą, chciałoby się powiedzieć, klasyczną funkcją praw podstawowych jest ochrona praw obywatela wobec państwa. Tak formułował to już Georg Jellinek²², tak postrzega to również orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego²³. W tym stanie rzeczy określenie *status negativus* (lub też *status libertatis*) autorstwa Jellinka nie oznacza nic innego, jak to, że naczelnym zadaniem praw podstawowych jest ochrona prywatnej sfery jednostki ludzkiej przed nieuprawnioną bądź nadmierną ingerencją ze strony państwa. Zrozumiałe wobec tego, że znajdziemy tutaj takie fundamentalne prawa jak prawo do życia, nietykalności i wolności osobistej, nienaruszalności mieszkania, a wreszcie prawo własności i prawo dziedziczenia.

Mają rację Zippelius i Würtenberger, gdy argumentują, że wolność nie zasługuje na tę nazwę, jeśli w gestii uprawnionego nie pozostawałoby prawo, czy i w jakiej formie chce on uczynić użytek z przysługującej mu wolności²⁴. Tym niemniej nie brakuje tutaj praw, które przy korzystaniu z nich są powiązane z nałożonymi nań obowiązkami. Takim przykładem jest prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem. Generalną regułą jest tu jednak przyjęcie zasady, że *limes* własnej wolności wykreśla ustawowa nienaruszalność wolności innych²⁵.

Drugiej funkcji praw podstawowych możemy przypisać rolę, dzięki której zapewniony zostaje dostęp obywatela do udziału w kształtowaniu demokratycznego państwa. Zbiorczo zatem, w takim przypadku, możemy określić prawo współudziału w procesie politycznej artykulacji – za przywołanym już tutaj Jellinkiem – jako *status activus* (lub też *Status der aktiven Civität*)²⁶. Stąd mowa już tutaj nie tylko o typowym, jak dotąd, liberalnym prawie (wolności) do rozwoju własnej osobowości, ale i o demokratycznym prawie (wolności) do wyrażania swoich poglądów, zrzeszania się, bądź organizowania pokojowych zgromadzeń.

Jeszcze inne, trzecie znaczenie funkcji praw podstawowych wyłania się z analizy tych praw i wolności podstawowych, które możemy łącznie okre-

²² G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i. B. 1892, s. 89–108.

²³ Orzeczenie FTK z 15 stycznia 1958 r., (BVerGE 7, 198, 204).

²⁴ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 3, s. 177.

²⁵ G. Morgenthaler, *Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte*, Tübingen 1999, s. 247–252.

²⁶ G. Jellinek, op.cit., s. 129–140.

ślić mianem praw socjalnych. Jeżeli jednak dla Jellinka takim głównym prawem w tej kategorii był jeszcze jako *status positivus* (*status civitatis*)²⁷ dostęp do ochrony prawnej ze strony państwa, to współcześnie stanowią je zbiorczo prawa antycypujące zagrożenia wynikające z postępu technologicznego. Wolno założyć, że świadomość tego typu zagrożeń była obca autorom Ustawy Zasadniczej, skoro w jej tekście próżno szukać rozwiniętego katalogu praw socjalnych w ogóle, a nowego typu w szczególności. Nieliczne, które znajdujemy, należą – można powiedzieć – do klasycznego kanonu takich praw. Są to zatem te, które odnoszą się do zapewnienia szczególnej ochrony małżeństwu, rodzinie, macierzyństwu, wychowywaniu dzieci, a wreszcie statusowi dzieci pozamałżeńskich.

Jakkolwiek byśmy oceniali oszczędność ustawodawcy w tym zakresie, trudno zbyć milczeniem fakt przypisania konstytucyjnej zasadzie równości punktu wyjścia dla rozbudowywania rzeczonych praw socjalnych. Wszystko dlatego, ponieważ jednostka staje się rzeczywiście wolna tylko wtedy, gdy ma dostęp do realnych możliwości warunkujących jej własny rozwój²⁸. Ponieważ wspomniana zasada równości może być zarazem uznana za punkt odniesienia przy wspieraniu wyrównywania szans, powoduje to, że socjalnie wyłożone prawa podstawowe tworzą ważne źródło wskazówek dla ustawodawstwa, bądź praktyki administracyjnej.

O tym, że uwaga przywiązywana jest w coraz wyższym stopniu do socjalnej interpolacji tekstu Ustawy Zasadniczej, oddaje dobrze konstrukcja uzasadnienia orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego powiadającego, że im bardziej państwo daje wyraz swojemu poparciu dla bezpieczeństwa socjalnego i rozwoju kultury, „to tym bardziej występuje w relacjach między obywatelem a państwem obok pierwotnego postulatu zagwarantowania prawem podstawowym wolności wobec państwa komplementarne żądanie poręczenia prawem podstawowym udziału w świadczeniach państwa”²⁹.

²⁷ Ibidem, s. 109–129.

²⁸ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 6, s. 178.

²⁹ Orzeczenie FTK z 18 lipca 1972 r., (BVerGE 33, 303, 330). „*desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen*”.

Tak rosnące oczekiwania, które moglibyśmy nazwać również roszczeniami wobec państwa, musimy stosownie do zaproponowanej dychotomii podzielić na (a) pierwotne roszczenia do świadczeń (*originäre Leistungsansprüche*) oraz (b) pochodne prawa do udziału w świadczeniach (*derivative Teilhaberechte*)³⁰. Wykładnia praw podstawowych zawartych w Ustawie Zasadniczej nie daje jednak żadnej podstawy do wyprowadzenia z ich uregulowań istnienia pierwotnych roszczeń do świadczeń ze strony państwa. Także z powołaniem się, przykładowo, na zasadę państwa socjalnego w powiązaniu z art. 12 ust. 1 UZ. Brak takiej możliwości nie jest bynajmniej tutaj przypadkiem, lecz dowodem ustrojowej przeczności. Wprawdzie w demokratycznym państwie prawa to ustawodawca decyduje, które świadczenia są obowiązkiem ze strony państwa wobec obywateli, ale zarazem ten sam ustawodawca, czyli parlament jest (a przynajmniej powinien być) strażnikiem zrównoważonego budżetu państwa.

Tę, na pierwszy rzut oka, paradoksalną sytuację potęguje możliwość zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności, w których okaże się, że wynikające z konstytucyjnych gwarancji roszczenia wobec państwa będą musiały jednak zostać uregulowane na drodze ustawowej. Takim przykładem byłoby, z powołaniem się na art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 2 oraz art. 20 ust. 1 UZ, wystąpienie – stosownie do Kodeksu Prawa Socjalnego (*Sozialgesetzbuch, SGB*)³¹ – z roszczeniem o zapobieżenie urągającemu godności człowieka ciężkiemu położeniu. Nie inaczej wyglądałoby to w przypadku wystąpienia z roszczeniem o finansowe umożliwienie studiowania tym, którzy nie są w stanie temu finansowo podołać z powołaniem się na art. 12 ust. 1 UZ w powiązaniu z zasadą państwa socjalnego i wyprowadzoną z art. 3 ust. 1 UZ równością szans.

Odwrotnie do hipotetycznych rozważań na temat zasięgu i skali pierwotnych roszczeń do świadczeń ze strony państwa, stanowią pochodne prawa do udziału w świadczeniach przykład podążania przetartym szlakiem prawnym. Tam bowiem, gdzie oferta określonego świadczenia ze strony państwa już istnieje, nie może mieć miejsca sytuacja, w której to organ państwowy decyduje według własnego uznania o kręgu uprawnionych do danego świadczenia. Jako przykład mogłoby tutaj posłużyć decydowanie o zasadności roszczeń

³⁰ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 7–9, s. 178–179.

³¹ Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch (Zwölftes Buch – Sozialhilfe – SGB XII) z 27 grudnia 2003 r., (BGBl. I, 2003, nr 67), s. 3022.

w sprawie równego dostępu do placówek oświatowych. To uprawnia do wycognięcia wniosku, że prawa podstawowe mogą wystąpić w roli nośnika praw pochodnych rozumianych jako równy udział w urzeczywistniającym podstawowe wolności socjalnym transferze świadczeń³².

III. Gwarancje instytucjonalne a prawa podstawowe

Przy staranniejszym oglądzie trzech wymienionych funkcji praw podstawowych nie sposób oprzeć się wrażeniu braku w ich przypadku pragmatycznej nadbudowy wynikającej z efektywności ochrony praw podstawowych. Tymczasem stanowi ona ważny sprawdzian ustrojowy nie tyle – jak dotąd – samej legalności określonych rozwiązań prawnych, ile – zgodnie z duchem czasu – pozwala przy pomocy tego praktycznego kryterium przekonywać ustawodawcę do ciągłego podnoszenia poziomu ochrony praw podstawowych. Sens bowiem praw podstawowych, rozumianych naturalnie jako elementy określonego porządku prawnego, sprowadza się do tego, aby warunkowany ich obecnością miał miejsce stały rozwój systemu prawnego jako całości. To natomiast musi wiązać się nie tylko z możliwością kształtowania samych praw podstawowych, co z zapewnieniem jednostce ochrony przy ich korzystaniu. Stąd oczywiste jest, że wpływ na charakter wspomnianej ochrony można wyrzucić za pośrednictwem organizacji i postępowania prawnego.

Zanim zostaną tutaj wyłożone i organizacja, i postępowanie prawne w odniesieniu do ochrony praw podstawowych, konieczne jest postawienie rozróżniającego pytania, czy konstytucja przyznaje jednostce podmiotowe prawo do przykładowo tajemnicy korespondencji³³, czy też zapewnia ona przedmiotową strukturę porządkującą określonego obszaru życia? Znakiem rozpoznawczym podmiotowych praw podstawowych jest prawne zapewnienie jednostce możliwości albo obrony, albo realizacji określonych praw i wolności bądź roszczeń do określonych świadczeń ze strony państwa. Inaczej wy-

³² R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 10, s. 179.

³³ W dotychczasowym orzecznictwie FTK ma miejsce przekształcanie praw podstawowych, których funkcją było zaledwie zapewnienie ochrony danego prawa/wolności w gwarancje instytucjonalne. Por. przykładowo orzeczenie FTK z 24 lutego 1971 r., (BVerGE 30, 173, 188).

gląda to, gdy mowa o instytucjonalnych gwarancjach. Ich zadaniem jest bowiem prawno-konstytucyjne zapewnienie historycznej kontynuacji istnienia (funkcjonowania) określonych podstaw ładu społecznego, zwłaszcza określonych państwowych struktur socjalnych³⁴.

W tym kontekście trzeba zauważyć, że do tego rodzaju prawno-konstytucyjnych gwarancji instytucjonalnych należą nie wszystkie prawa podstawowe: niepubliczne prasa i środki masowego przekazu (art. 5 ust. 1 zdanie 2 UZ); małżeństwo i rodzina (art. 6 ust. 1 UZ); szkolnictwo niepubliczne (art. 7 ust. 4 UZ); prawo własności (art. 14 ust. 1 UZ); samorząd komunalny (art. 28 ust. 2 UZ) oraz stan urzędniczy (art. 33 ust. 5 UZ). Na uwagę zasługuje tu zwłaszcza prawo własności. Jest ono nie tylko elementem systemu prywatno-prawnego, ale także, a może nade wszystko, podwaliną gospodarki wolnorynkowej opierającej swoje istnienie właśnie na wolności dysponowania własnością, autonomiczności sfery prywatnej, wolności wyboru drogi zawodowej oraz wolności osiedlania się. Nie jest zatem – wolno przyjąć – przypadkiem, że autorzy Ustawy Zasadniczej świadomie zrezygnowali z kompleksowego uregulowania tej materii, pozostając w słusznym przekonaniu, że nie służy to społecznemu rozwojowi.

Aczkolwiek przy wykładni gwarancji instytucjonalnych odgrywa swoistą rolę uprzywilejowany wzorzec prawny (*vorrechtliche Leitbild*), a więc konwencjonalne przedmiotowe ukształtowanie prawne, to tym niemniej ustawodawca zachowuje prawo w przypadku przejmowanego rozwiązania do dalszych modyfikacji, pod warunkiem wszakże utrzymania istotnych elementów jego funkcjonowania³⁵. Stąd widzimy, że w zakresie praw podstawowych występuje po stronie gwarancji instytucjonalnych chęć zapewnienia tym prawom autonomii, a którą bliżej miałby określić ustawodawca. Temu myśleniu towarzyszy z kolei częste łączenie gwarancji instytucjonalnych z zapewnieniem indywidualnych praw podstawowych. I tak, art. 6 ust. 1 UZ chroni nie tylko instytucję małżeństwa, ale i zapewnia mu ochronę przy pomocy prawa podstawowego. Podobnie wygląda to w przypadku art. 5 ust. 1 zdanie 2 UZ bądź

³⁴ Za drugorzędne należy tutaj uznać typowy podział na instytucjonalne gwarancje w wąskim tego słowa znaczeniu (a więc świadczenia instytucji publiczno-prawnych) oraz gwarancje przedmiotowe instytucji prywatno-prawnych. Por. R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 13, s. 180.

³⁵ Orzeczenie FTK z 18 grudnia 1968 r., (BVerGE 24, 367, 389).

art. 14 ust. 1 UZ³⁶. Powyższe nie oznacza jednak, że gwarancje praw podstawowych i odpowiadające im gwarancje instytucjonalne zawsze się pokrywają. Ponieważ tak się nie dzieje, mamy tutaj do czynienia z zobligowaniem państwa do podejmowania takich kroków, które przykładowo – w sektorze rynku mediów i środków komunikacji społecznej – zagwarantowałyby powstrzymanie praktyk monopolistycznych.

Jednak, i trudno tutaj nie powtórzyć głosu innych, najbardziej spektakularną *eureką* w doktrynie niemieckiego prawa konstytucyjnego po II wojnie światowej jest rozwój przedmiotowego aspektu praw podstawowych³⁷. Dowodzi tego niezbitie orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, w którym czytamy m.in., że prawa podstawowe „zawierają nie tylko podmiotowe prawa ochrony jednostki wobec państwa, ale ucieleśniają zarazem przedmiotowy system wartości, który jako prawno-konstytucyjne rozstrzygnięcie podstawowe obowiązuje we wszystkich dziedzinach prawa i [który] udziela wskázówek i impulsów prawodawstwu, administracji i orzecznictwu”³⁸.

Przełomowym orzeczeniem nie było jednak bynajmniej to cytowane, co z 1958 r. Dopiero dzięki niemu znalazły odbicie w dogmatyce niemieckiego prawa konstytucyjnego rozpatrywane tu aspekty praw podstawowych. Jeśli zatem szukać punktu wyjścia dla tego duktu myślenia, to stanowi je niewątpliwie przekonanie, że ustawodawca nie zabiega tutaj o stworzenie neutralnego systemu wartości. Wręcz przeciwnie, chce osiągnąć za pomocą konstytucjonalizacji obiektywnego systemu wartości zasadnicze wzmocnienie obowiązującej mocy praw podstawowych. Fragment przywołanego orzeczenia z 1958 r. pokazuje ten zamiar w sposób nie nastroczający żadnych wątpliwości interpretacyjnych. „Ów system, w którego punkcie centralnym znajduje się socjalne społeczeństwo nieskrępowanych w swoim rozwoju osobowościowym jednostek ludzkich i ich godności, musi jako

³⁶ U. Mager, *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmungen einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*, Tübingen 2003, s. 405–411.

³⁷ R. Wahl, *Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich*, [w:] *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, t. I Entwicklungen und Grundlagen*, Hrsg. D. Merten, H.-J. Papier, Heidelberg 2004, § 19 Rdnr 1, s. 745 n.

³⁸ Orzeczenie FTK z 25 lutego 1975 r., (BVerGE 39, 1, 41). „nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine objektive (Wert-) Ordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt”.

prawno-konstytucyjne rozstrzygnięcie podstawowe obowiązywać wszystkie obszary prawa; prawodawstwo, administracja i orzecznictwo otrzymują od niego wskazówki i impulsy³⁹.

Chcieć wobec tego jednym zdaniem określić skutek tego orzeczenia, to jest nim oddziaływanie/wpływ praw podstawowych w randze konstytucyjnej na wszystkie niżej stojące w hierarchii normy prawne. Tym samym, i należy to tutaj wyraźnie podkreślić, prawa podstawowe w roli obiektywnego systemu wartości występują w Ustawie Zasadniczej na równi z takimi ustrojowymi pryncypiami jak zasada państwa socjalnego, państwa prawa, a wreszcie demokracji. Ocena Zippeliusa i Würtenbergera, że mamy tak oto do czynienia z rozszerzającym rozumieniem praw podstawowych, jest zatem więcej niż trafna. Trudno bowiem odmówić wspomnianym autorom racji, gdy spostrzegają, że „w sensie konstytucjonalizacji systemu prawnego są ustawy w szerszym zakresie konkretyzacjami praw podstawowych i tym samym zależą od ich wykładni i dalszego kształtu rozwoju⁴⁰. Że rola kontrolna Federalnego Trybunału Konstytucyjnego znacząco przez to rośnie (urosla) nie wymaga tutaj żadnego dowodzenia.

Wnikliwość sądu nakazuje tutaj poczynienie uwagi, że w ślad za tak rosnącym znaczeniem praw podstawowych, miejsce polityzacji ustroju państwa zastępuje jego jurydyzacja. Dzieje się tak dlatego, ponieważ całość stanowionego prawa musi odpowiadać ogólnym rozstrzygnięciom ustrojowym zawartym w Ustawie Zasadniczej⁴¹. Tworzą one na tej podstawie wiążący gorset prawny, ale, by pozostać przy tym porównaniu, stanowczo jednak przyciasny. Bez mała odnajdziemy bowiem ten wpływ w całym życiu ustrojowym państwa. I w prawodawstwie⁴², i w administracji, gdy pojawia się potrzeba wykładni

³⁹ Orzeczenie FTK z 15 stycznia 1958 r., (BVerGE 7, 198, 205). „Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse”.

⁴⁰ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 20, s. 182. „Im Sinne einer Konstitutionalisierung der Rechtsordnung sind Gesetze in weitem Umfang Konkretisierungen der Grundrechte und damit von deren Auslegung und Fortentwicklung abhängig”.

⁴¹ Orzeczenia FTK z 15 stycznia 1958 r., (BVerGE 7, 198, 205) oraz z 23 kwietnia 1986 r., (BVerGE 73, 261, 269).

⁴² Orzeczenie FTK z 7 lutego 1990 r., (BVerGE 81, 242, 254 n.).

ze względu na administracyjne prawo uznania⁴³. Wiele do myślenia daje przy tym konieczność baczenia interpretacyjnego na terminy prawne, które wymagają uwzględnienia wartościowania. Są to przykładowo: „dobre obyczaje”, „niemoralny”, bądź „w dobrej wierze”⁴⁴. Aczkolwiek zarówno ustawodawcy jak administracji i orzecznictwu pozostawia się margines wyboru regulacji lub alternatyw interpretacyjnych, jednak zawsze z tym zastrzeżeniem, że powinno to przynieść możliwie najlepszy efekt⁴⁵.

Dobrze skonstruowany system prawny powinien być zupełny i spójny. Przynajmniej w teorii. W praktyce zdarzają się jednak sprzeczności logiczne bądź prakseologiczne. Jeśli zatem dochodzi do kolizji powyższych zasad podstawowych, to za celowe uznaje się poszukiwanie między nimi optymalnego i sprawiedliwego kompromisu. Takiego samego, dodajmy, jak w przypadku kolizji praw podmiotowych, które da się wyprowadzić z gwarancji praw podstawowych. W tym miejscu należy przypomnieć, że funkcja wzorca prawnego w związku z prawno-konstytucyjnymi rozstrzygnięciami co do wartości może sięgać dalej, aniżeli zapewnienie podmiotowych praw podstawowych. Obrazuje to przykładowo sytuacja, gdy znajdujemy wprawdzie w art. 2 ust. 2 zdanie 1 UZ zobowiązanie państwa do określonych środków w dziedzinie ochrony zdrowia i życia, nie przekłada się to jednak na możliwość wyprowadzenia z tego zobowiązania podmiotowo-publicznych praw do konkretnych środków⁴⁶.

Równocześnie na uwagę zasługuje kontrowersja wokół kwestii, czy i w jakim zakresie mogą być wyprowadzane z praw podstawowych, rozumianych tutaj jako elementy przedmiotowego systemu wartości, prawa podmiotowo-publiczne bądź inne prawa podmiotowe. Treść i zakres rzeczonych praw jest co prawda określana na drodze zwykłego ustawodawstwa, ale przy współudziale właśnie praw podstawowych. To właśnie one wywierają bowiem przemożny wpływ na konkretyzację zwykłych uregulowań prawnych⁴⁷. Nie zmienia to jednak w niczym sensu wypowiedzi, że prawa podstawowe jako elementy przedmiotowego systemu wartości zyskują podmiotowo-prawną ja-

⁴³ Orzeczenie FTK z 12 listopada 1997 r., (BVerGE 96, 375, 398).

⁴⁴ Orzeczenie FTK z 23 kwietnia 1986 r., (BVerGE 73, 261, 269).

⁴⁵ Orzeczenie FTK z 3 kwietnia 1979 r., (BVerGE 51, 97, 110).

⁴⁶ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 23–26, s. 183.

⁴⁷ Ibidem, Rdnr 27–28, s. 183.

kość przede wszystkim wtedy, gdy możliwe staje się wywiedzenie z nich obowiązku ochrony.

IV. Obowiązek ochrony praw podstawowych

Jeśli przyjmiemy, że prawa podstawowe są elementami przedmiotowego systemu wartości, to definiowane przez nie cele ochrony muszą w następstwie tego założenia być realizowane za pomocą określonego porządku prawnego. Z założenia tego wynika zarazem, że ochrona wolności i bezpieczeństwa należy do centralnych zadań współczesnego państwa. Stąd przedmiotowa zawartość praw podstawowych musi zostać uznana za zobowiązanie państwa do zagwarantowania wspomnianej wolności, ale i jej ochrony. Tę spójną teoretycznie konstrukcję burzy jednak zwrócenie uwagi na fakt, że zagrożenie dla tak rozumianej wolności wychodzi bynajmniej nie tyle ze strony państwa, ile – coraz częściej – ze strony obywateli nie respektujących prawa i wolności stron trzecich.

To stwierdzenie otwiera tymczasem przed państwem sposobność, ale i konieczność stanięcia w obronie praw jednostki. Zawsze wtedy, gdy zagrożona jest przykładowo nie tylko (bo to oczywiste) godność osoby ludzkiej, małżeństwo i rodzina, ale także prawo jednostki do uczestniczenia w życiu politycznym kraju. Nie inaczej widzi to Federalny Trybunał Konstytucyjny. W swojej wykładni uznaje bowiem, z powołaniem się na art. 2 ust. 2 zdanie 1 UZ, że państwo ma obowiązek „występować ochronnie i wspierająco po stronie życia”⁴⁸.

Konsekwencją (tak) szerokiego zakreslenia obowiązku ochrony praw podstawowych jest wkraczanie państwa na ten obszar także wtedy, gdy powstaje egzystencjalne zagrożenie dla jednostki spowodowane niesprawnym systemem świadczeń ze strony państwa. Przekładając na bardziej zrozumiały język, oznacza to ni mniej, ni więcej, że państwo musi – chroniąc prawa podstawowe – dbać nie tylko o same świadczenia, co również zapewnić sprawność organizacyjną ich świadczenia. Dobrze obrazuje ten stan rzeczy orzeczenie Fe-

⁴⁸ Orzeczenia FTK z 16 października 1977 r., (BVerGE 46, 160, 164), „*Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen*”; z 8 sierpnia 1978 r., (BVerGE 49, 89, 140 n.); z 20 grudnia 1979 r., (BVerGE 53, 30, 57 n.); z 30 listopada 1988 r., (BVerGE 79, 174, 201 n.).

deralnego Trybunału Konstytucyjnego⁴⁹, które odnosząc się do zapewnienia jednostce ochrony w przypadku choroby, pokazuje, że realizacja wspomnianego nakazu konstytucyjnego (art. 2 ust. 2 zdanie 1 UZ) ma miejsce poprzez zapewnienie na drodze ustawowej dostępu do systemu publicznych ubezpieczeń zdrowotnych⁵⁰.

Gdyby zatem jednym zdaniem podsumować te (opisane) i inne (niewymienione) usiłowania, zbudowania spójnego systemu ochrony praw podstawowych, to należałoby napisać, że ich wspólnym celem jest minimalizacja ryzyka, które niesie ze sobą cywilizacyjny i technologiczny postęp. Wykonanie tak sformułowanego zadania ułatwia legislatywie i egzekutywie zawarowany prawnie szeroki zakres swobody kształtowania odpowiednich uregulowań. Podkreślmy: szeroki, co nie znaczy *ad infinitum*. Jakkolwiek bowiem szeroko może być rozumiana ochrona praw podstawowych w Niemczech, na granicy rozsądnego jej stosowania stoi zakaz niedomiaru (*Untermaßverbot*)⁵¹. Państwu nie wolno zatem chronić praw podstawowych swoich obywateli poniżej określonego *minimum minimorum*.

Zadanie to nie należy do najłatwiejszych. Ilustracją dlaczego nie jest, pokazuje trójwymiarowa konstelacja uregulowań, według której rozpatrywana jest kwestia zakazu niedomiaru. Pierwszy aspekt da się łatwo przedstawić: państwo jest zobowiązane do ochrony praw podstawowych każdego przed ingerencją osób (stron) trzecich. Nie oznacza to jednak, w drugim aspekcie, że przedsięwzięty ze strony państwa środek ochronny może być równoznacznie traktowany jako usprawiedliwienie ingerencji ponad miarę w wolności jednostki naruszającej prawa innych. To jednak z kolei nie może oznaczać pomniejszania, w trzecim aspekcie, stosownej miary ochrony naruszanego dobra prawnego po stronie poszkodowanego. Tym samym wolno powiedzieć, że zdefiniowanie zasadności (za)stosowania ze strony państwa odpowiednich środków ochrony przypomina ruch wahadłowy, od nadmiaru do niedomiaru i z powrotem.

Takie wyjaśnienie nie może nas jednak zadowolić. Również bowiem i ta przestrzeń prawna pozostaje w zasięgu regulacji ustawodawcy. Rzeczona obser-

⁴⁹ Orzeczenie FTK z 6 grudnia 2005 r., (BVerGE 115, 25, 43).

⁵⁰ Krytycznie wobec takiej interpretacji: M. Nettesheim, *Rationierung im Gesundheitswesen – Möglichkeiten und Grenzen*, „Verwaltungsarchiv” 2002, nr 93, s. 315–349.

⁵¹ Orzeczenie FTK z 28 maja 1993 r., (BVerGE 88, 203, 251 n.).

wacja jest o tyle istotna, o ile uwzględnić, że nie u wszystkich spotyka się ona z akceptacją. Argumentuje się bowiem, iż zakaz niedomiaru zawęży wolność kształtowania prawa ze strony demokratycznie legitymizowanego ustawodawcy. Tymczasem zakaz niedomiaru w przypadku pasywności ustawodawcy dopiero wtedy dochodzi do skutku, gdy prawa podstawowe w sposób całkowicie nieodpowiedni bądź absolutnie niedostatecznie chronione są na drodze stosownych rozwiązań organizacyjnych przed sprzecznymi z prawem działaniami osób trzecich. Konkluzji-rozwiązania Zippeliusa i Würtenbergera trudno zatem nie nazwać tu salomonowym, gdy piszą, że im bardziej podstawowe dla jednostki są określone prawa, tym intensywniejszą musi być ich ochrona przed uszczerbkiem⁵².

Szczególnie dobrze jest to widoczne w sytuacji, gdy prawa podstawowe są rozpatrywane nie tylko przez pryzmat prawa materialnego, ale organizacji i procedowania⁵³. Jeżeli przy tym pamiętać, że oznacza to dalszą konkretyzację, to korzystanie z tej drogi jest zalecane wtedy, gdy administracja dysponuje szerokimi możliwościami w zakresie postępowania. Podnoszona już wcześniej kwestia efektywności pozostaje w ścisłym związku z możliwością kształtowania tego procedowania, gdyż pierwszorzędne znaczenie dla ochrony praw podstawowych przypisywane jest właśnie jemu. Stąd pod uwagę brane są zagrożenia związane z nowoczesnymi technikami, w decyzjach odnoszących się do prognoz bądź w planowaniu przestrzennym, gdy konieczne jest wyważenie kolidujących praw podstawowych. Ponieważ wszystkie one wymagają specyficznej wiedzy fachowej, dlatego ustawodawca musi stosowne procedury nie tylko określić, ale i wyłożyć z uwagi na optymalną ochronę wspomnianych praw w sposób nie budzący wątpliwości. Zadaniem uregulowań organizacyjnych jest natomiast stworzenie prawnych przesłanek do wykonywania praw podstawowych⁵⁴.

Największym zainteresowaniem cieszy się kwestia, w jaki (konkretny) sposób ma miejsce ochrona praw podstawowych. Pierwszym takim sposobem, chciałoby się powiedzieć, klasycznym, jest powszechna dostępność przedmiotowej ochrony – stosownie do art. 19 ust. 4 zdanie 1 UZ – na drodze kontro-

⁵² R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 40, s. 185.

⁵³ Orzeczenia FTK z 8 sierpnia 1978 r., (BVerGE 49, 89, 132) oraz z 20 grudnia 1979 r., (BVerGE 53, 30, 65).

⁵⁴ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 43, 45, s. 185–186.

li sądowej (*gerichtliche Überprüfung*). Aczkolwiek uregulowanie to obejmuje kontrolę naruszeń praw podstawowych, nie są one tutaj jedynymi. Warto przy tym zwrócić uwagę, że jeśli ma miejsce postępowanie procesowe przeciwko władzy publicznej o naruszenie praw jednostkowych, to obowiązkiem sądu jest uwzględnienie praw podstawowych jako prawa bezpośrednio obowiązującego (art. 1 ust. 3 UZ)⁵⁵.

Drugą możliwość dochodzenia sprawiedliwości w kwestii naruszenia praw podstawowych oraz innych praw w randze konstytucyjnej⁵⁶ otwiera uregulowanie, dzięki któremu obywatele mogą skorzystać ze specjalnej ochrony prawnej, jaką zapewnia Federalny Trybunał Konstytucyjny. Zadaniem tak skonstruowanej skargi konstytucyjnej (*Verfassungsbeschwerde*) nie jest jednak ochrona całości praw podmiotowych, ale tylko tych, o których da się powiedzieć, że służą ochronie prawno-konstytucyjnej sfery jednostki.

Uzupełnieniem dwóch wymienionych jest trzecia możliwość ochrony praw podstawowych oraz takich dóbr prawnych jak przykładowo życie, zdrowie, cześć, którą ustawodawca przejął do ustaw prawno-karnych bądź prywatno-prawnych. To właśnie w tym miejscu, jako zadanie państwa, dochodzi do głosu realizacja przesłania Kanta i Fichtego, którzy przypisywali prawu rolę wiążącego rozgraniczania wolności jednych od wolności drugih⁵⁷.

V. Adresaci ochrony praw podstawowych

Przy wszystkich dotychczasowych rozważaniach nie padło do tej pory zasadnicze pytanie, do kogo właściwie zaadresowane są w sposób wiążący prawa podstawowe? Wprawdzie można by powiedzieć, że krąg odbiorców tych norm jest oczywisty, tym niemniej zastanawiając się nad odpowiedzią, należy mieć stale przed oczyma, które części władzy i w jaki sposób są związane prawami podstawowymi. Mało tego, istotne jest również pytanie, czy to związanie obowiązuje także wtedy, gdy władza występuje i działa w formie prywatno-prawnej. Wreszcie bez udzielenia odpowiedzi nie może pozostać pytanie, czy prawa podstawowe dochodzą do skutku również między osobami prywatnymi.

⁵⁵ Ibidem, Rdnr 47–48, s. 186–187.

⁵⁶ Mowa tutaj o prawach stosownie do art. 93 ust. 1 nr 4a UZ.

⁵⁷ R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, München 2007, § 33 II 2 oraz § 34 I 2.

Stosunkowo prostą, bo z powołaniem się na art. 1 ust. 3 UZ, jest odpowiedź na pierwsze postawione powyżej pytanie. Obowiązkiem państwa i działających w jego imieniu podmiotów (korporacje, stowarzyszenia, wspólnoty, zrzeszenia bądź instytucje i fundacje prawa publicznego) jest zważanie – przy wykonywaniu władzy publicznej – na przestrzeganie wynikających z praw podstawowych gwarancji. Nakaz podanego artykułu oznacza przy tym, że prawa podstawowe zawarte w Ustawie Zasadniczej wiążą jako bezpośrednio obowiązujące prawo każdy rodzaj władzy publicznej. Prostotę tego wyводу zaburza jednak realizacja prawa supranarodowego, gdyż przy jego wykonywaniu dochodzi do ograniczenia mocy wiążącej art. 1 ust. 3 UZ. Wyjaśnienia tego faktu dostarcza komentarz Karla-Eberharda Haina: „Niemiecka władza zwierzchnia musi [...] stosować normy europejskie, także wtedy, gdy odpowiednio do narodowych praw podstawowych, byłyby one sprzeczne z konstytucją”⁵⁸.

Zupełnie inaczej wygląda to w przypadku pytania, czy władzę publiczną (lub podmioty działające w jej imieniu) wiążą prawa podstawowe, jeśli działają one w formach prywatno-prawnych. Nie ułatwia rozwiązania tej kwestii brak jednoznacznego w swej wypowiedzi brzmienia art. 1 ust. 3 UZ. Mowa tam jest wprawdzie o „władzy wykonawczej”, ale pod tym pojęciem może być rozumiane nie tylko zwierzchnictwo jako funkcja egzekutywy, ale i jej organy. Przedstawione wątpliwości usiłuje rozwiązać doktryna w różny sposób⁵⁹.

I tak, tam, gdzie osoby prawne prawa publicznego (przykładowo gminy) wykonują za pomocą form prywatno-prawnych zadania państwowe, tam obowiązuje administracyjne prawo prywatne (*Verwaltungsprivatrecht*). To oznacza tylko jedno, że obowiązywanie praw podstawowych nadal ma miejsce. Zatem instytucje publiczne nie mogą się uchylać przed czytelnym w konstytucji zamiarem ustawodawcy poprzez dokonywanie, według zasadnego ujęcia Fritza Fleinera, ucieczki w prawo prywatne (*Flucht [...] in das Privatrecht*)⁶⁰. Potwierdzeniem pożądanego stanu rzeczy jest zatem procedowanie zgodne z przywołanym nakazem w odniesieniu do wszelkiego typu świadczeń komu-

⁵⁸ K.-E. Hain, *Zur Frage der Europäisierung des Grundgesetzes – Eine kritische Analyse*, „Deutsches Verwaltungsblatt“ 2002, nr 3, s. 153. „Die deutsche Hoheitsgewalt muß, [...] diese [europäische Normen] anwenden, auch wenn sie – gemessen an nationalen Grundrechten – verfassungswidrig wären”.

⁵⁹ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 7, s. 189.

⁶⁰ F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1928, s. 326.

nalnych (oczyszczanie miasta, komunikacja miejska, dostarczanie wody, gazu i prądu), a które stoją do dyspozycji mieszkańców w formie prywatno-prawnej.

Z inną sytuacją mamy natomiast do czynienia, gdy działalność rynkowa prowadzi do pomnożenia stojących w gestii administracji określonych dóbr materialnych. Ponieważ zakup, przykładowo budynku, dla potrzeb administracji komunalnej nie jest związaniem w rozumieniu praw podstawowych, stąd ważne jest jedynie, aby państwo tożsame tutaj z fiskusem działało tak samo jak osoba prywatna⁶¹. W tym przypadku na uwagę zasługuje zatem aspekt przestrzegania zasady takiego samego traktowania (art. 3 ust. 1 UZ), gdy administracja występuje z uprzywilejowanej na rynku pozycji oferenta (zbywcy) lub konsumenta (nabywcy) i możliwe jest przez to naruszenie zasady równości konkurencji. Niezależnie od tego coraz powszechniej reprezentowany jest pogląd, aby wszystkie rozpisywane przetargi państwa związane były właśnie zasadą równego traktowania⁶².

Kolejny i dużo poważniejszej natury problem powstaje wtedy, gdy państwo podejmuje działalność nastawioną na wygenerowanie zysku. Według bynajmniej niemałej części opinii specjalistów jest bowiem taka działalność spreczna z Ustawą Zasadniczą. Oraz, dodatkowo, według tych samych głosów pomniejszająca ekonomiczne prawa podstawowe o zasadę subsydiarności w aspekcie ekonomicznym⁶³. Posiłkując się bowiem art. 12 ust. 1 UZ argumentuje się w taki sposób, że wprawdzie zawarte w nim prawo podstawowe nie chroni przed prywatną, ale przed państwową konkurencją: z państwowego udziału w rynku wynika bowiem jego zdolność regulacyjna w odniesieniu do wyboru zawodu, pomniejszając przez to udział w rynku podmiotów prywatnych. Za przysłowiową kropkę nad *i* możemy zatem uznać stanowisko Wolframa Cremera, twierdzącego, że ponieważ państwo finansuje się z podatków i innych dochodów, to działania tegoż państwa w celu osiągnięcia zysku nie mogą uzasadniać – w tym konkretnym przypadku – uszczuplenia wolności wyboru zawodu⁶⁴.

⁶¹ Odmienne stanowisko u: O. Dörr, *Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte. Art. 19 Abs. 4 GG unter dem Einfluß des europäischen Unionsrechts*, Tübingen 2003, s. 1.

⁶² H. Pünder, *Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge*, "Verwaltungsarchiv" 2004, nr 95, s. 41 n.

⁶³ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 11, s. 190.

⁶⁴ W. Cremer, *Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes*, "Die Öffentliche Verwaltung" 2003, nr 22, s. 929 n.

Nie grzeszyć aż takim rygoryzmem argumentowania, to można by, odwołując się i do art. 12 ust. 1, i do art. 3 ust. 1 UZ, wskazać, że zgoda na działalność przynoszącą państwu zysk musi być poprzedzona konsensusem. Jego sens dałoby się opisać jako przyjęcie zasady, że publiczne przedsiębiorstwa nie mogą być w żaden sposób subwencjonowane z budżetu państwa w celu osiągnięcia w walce konkurencyjnej lepszej pozycji wyjściowej. Zakaz ten musi być naturalnie rozciągnięty także na dostęp do kredytu publicznego na bardziej dogodnych warunkach⁶⁵. Uzupełnieniem tego konsensusu jest przyjęcie (skądinąd oczywistego) założenia, że zasada równości pojmowana jest tutaj także jako równy dostęp i równe traktowanie kontrahentów, a więc niezależnie przykładowo od pochodzenia, płci, czy też przekonań religijnych.

Kwestia (nie)skuteczności wobec osób trzecich (*Drittwirkung*) w odniesieniu do związania prawami podstawowymi osób prywatnych nie budzi już takich kontrowersji. Aczkolwiek i tutaj ustawodawca nie wypowiada się w sposób jednoznaczny. Przywoływany art. 3 ust. 1 UZ nie określa bowiem wymienionej w nim trójdzielnej władzy jako tylko tę, którą wiążą prawa podstawowe. Ponieważ jednak ustawodawca w zakresie kształtowania prawa prywatnego pozostaje związany prawami podstawowymi, można wysnuć wniosek o bezpośrednim związaniu w przedmiotowym zakresie. Warto przy tym pamiętać, że jedynie w art. 9 ust. 3 zdanie 2 UZ znajdujemy uregulowanie, które w sposób nie budzący wątpliwości co do intencji ustawodawcy określa bezpośrednią skuteczność wobec osób trzecich na przykładzie zakazu zawierania takich umów, których celem byłoby ograniczenie konstytucyjnej wolności zrzeszania się.

Idąc tropem wnikliwości badawczej innych⁶⁶, należy roztrząsając wagę praw podstawowych, podnieść – w duchu postawy *advocatus diaboli* – argumenty przeciwko ich skuteczności wobec osób trzecich. Pierwszym jest zapoznany (często) fakt, że u podłoża idei praw podstawowych leżała i leży zresztą nadal ochrona sfery prywatnej przed ingerencją władzy państwowej. Chcąc natomiast lepiej zrozumieć drugi argument, musimy odwołać się do dychotomii prawa publicznego i prywatnego. Jeżeli w pierwszym przypad-

⁶⁵ P.M. Huber, *Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand. Ein verwaltungsrechtliches Phänomen vor der Neubewertung*, [w:] *Der Staat des Grundgesetzes. Kontinuität und Wandel*, Hrsg. M. Brenner, P.M. Huber, M. Möstl, Tübingen 2004, s. 897–930.

⁶⁶ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 15, s. 191.

ku, a więc prawa publicznego, mamy do czynienia generalnie z pozycją podległości obywatela wobec państwa, tak w drugim, prawa prywatnego, relacje prawne między obywatelem a innym obywatelem mogą oni kształtować sami. Chcieć zatem wykonywanie tej autonomii powiązać z zasadą równości, to prowadziłoby to tylko do jednego: zniszczenia podstaw prawa cywilnego. Nie sposób zarazem przeoczyć, że wolność jednostki zasadza się m.in. na tym, że nie musi ona składać nikomu sprawozdania z motywów swojego działania, gdy tymczasem konieczność uzasadniania swojego postępowania jest powinnością władzy publicznej.

Przedstawienie argumentów *contra* musi naturalnie – dla równowagi – prowadzić do przywołania innych w formie *pro*. Jeśli przyjąć (współ)życie każdego z nas jako stan bynajmniej nie bukoliczny, to łatwo wyobrazić sobie opresję, w której jednostka wystawiona jest na działanie regulacyjne innych, silniejszych. Ilustruje to najlepiej, bez potrzeby dalszego dowodzenia, relacja pracownika i pracodawcy. Głównym argumentem pozostaje jednak zachowanie przez jednostkę statusu prywatnej wolności prawnej, nie stojącej do dyspozycji innych. W tym sensie państwo ma obowiązek „chronić prawa podstawowe jednostki i zachować je przed naruszeniem ze strony innych”⁶⁷.

Ponieważ kwestii tej należy się z naszej strony ponowna uwaga, musimy dla podkreślenia wskazać, że rozpatrując od strony techniczno-prawnej relacje między obywatelami konieczne jest przypisanie ochronie praw podstawowych roli – pośrednio lub bezpośrednio – probierza skuteczności wobec osób trzecich. Pośrednio ma to miejsce – przypomnijmy – za pomocą ustaw, które chronią odnośne prawa jako wolności i dobra prawne. Tam, gdzie taka ochrona może wydać się (bądź jest zgoła) niewystarczająca, znaczenie praw podstawowych w relacjach między obywatelami rośnie, gdyż można je w tych relacjach odczytywać jako bezpośrednio wiążące. Nie przekłada się to jednak na możliwość wniesienia skargi konstytucyjnej z powodu naruszenia sfery praw podstawowych przez osobę prywatną, ponieważ jej dopuszczalność została ograniczona do kręgu naruszeń praw podstawowych, ale tylko ze strony władzy publicznej (art. 93 ust. 1 pkt 4a UZ). Ustawodawca przewidział jedynie możliwość wniesienia takiej skargi wte-

⁶⁷ Orzeczenie FTK z 6 lutego 2001 r., (BVerGE 103, 89, 100), „die Grundrechte des Einzelnen zu schützen und vor Verletzung durch andere zu bewahren”.

dy, gdy jej przedmiotem jest wyrok sądu w sprawie cywilnej lub prawa pracy, a który nie uwzględnił bezpośredniej lub pośredniej skuteczności praw podstawowych wobec osób trzecich.

VI. Uprawnieni do ochrony praw podstawowych

Dotychczasowych rozważań nie można uznać za zamknięte, gdyby przeprowadzana analiza pominęła dychotomię praw podstawowych na prawa człowieka (*Menschenrechte*) i prawa obywatelskie (*Bürgerrechte*). Podział tych praw jest istotny, ponieważ oznacza on dwa zachodzące, ale jednak nie tożsame kręgi ich odbiorców (uprawnionych). Na uwagę zasługuje przy tym fakt, że Ustawa Zasadnicza kwalifikuje większość praw podstawowych jako prawa człowieka. Potwierdzeniem (językowym) tego stanu rzeczy w uregulowaniach konstytucyjnych jest konstrukcja „człowiek” lub „wszyscy ludzie” (przykładowo: art. 1 ust. 1; art. 3 ust. 1 UZ), bądź „każdy” lub „każdy człowiek” (przykładowo: art. 2 ust. 1 i 2; art. 5 ust. 1; art. 9 ust. 3 zdanie 1; art. 17, art. 19 ust. 4 UZ). To, że ustawodawca wyraźnie przez (za)stosowanie podanych konstrukcji podkreśla objęcie przedmiotową grupą praw wszystkich osób, widoczne jest chociażby i w ten sposób, że w tekście Ustawy Zasadniczej czytamy również „nikt” nie może być danego prawa pozbawiony (przykładowo: art. 3 ust. 3; art. 4 ust. 3; art. 12 ust. 2 UZ).

Prawa obywatelskie według Ustawy Zasadniczej przysługują natomiast tylko Niemcom w rozumieniu art. 116 ust. 1 UZ. W tej grupie praw podstawowych na wyliczenie zasługują: „Wszyscy Niemcy mają prawo, bez uprzedniego zgłoszenia lub zezwolenia, gromadzić się pokojowo i bez broni” (art. 8 ust. 1 UZ); „Wszyscy Niemcy mają prawo do tworzenia stowarzyszeń i związków” (art. 9 ust. 1 UZ), „Wszyscy Niemcy korzystają z wolności przemieszczania się na całym obszarze federalnym” (art. 11 ust. 1 UZ) oraz „Wszyscy Niemcy mają prawo nieskrępowanego wyboru zawodu, miejsca pracy i wykształcenia” (art. 12 ust. 1 UZ). Wspomniany art. 116 ust. 1 UZ określając pojęcie „Niemca” odwołuje się – stosownie do Ustawy o Przynależności (obywatelstwie) Państwowej i Rzeszy z 22 lipca 1913⁶⁸ oraz jej ostatniej gruntownej nowelizacji

⁶⁸ Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz z 22 lipca 1913 r., (RGBl. 1913, nr 46), s. 583.

z 15 lipca 1999⁶⁹ – do pojęcia „przynależności państwowej” (*Staatsangehörigkeit*), a więc nie obywatelstwa *sensu stricto* (*Staatsbürgerschaft*). To historycznie uzasadnione rozróżnienie, wynikające z ówczesnego kształtu ustrojowego Rzeszy Niemieckiej zbudowanej z państw (a więc nie krajów) związkowych, posiada dzisiaj jedynie walor antykwarycznej kazuistyki.

Problemem nowym jest natomiast w Republice Federalnej Niemiec status cudzoziemców, czyli bezpaństwowców oraz obywateli państw spoza Unii Europejskiej. Według obowiązującego prawa nie mogą oni korzystać z praw obywatelskich. Nierówny dostęp do ochrony praw podstawowych Niemców i wymienionych kategorii cudzoziemców nie narusza jednak ani nakazu równego traktowania (stosownie do art. 3 ust. 1 UZ), ani tym bardziej zakazu dyskryminacji (odpowiednio do art. 3 ust. 3 UZ), ponieważ ustawodawca w konstytucji sam wprowadził wspomniane rozróżnienie. Stąd znajdujemy w Ustawie Zasadniczej uregulowania, które można uznać za niewątpliwie uprzywilejowujące obywateli niemieckich. Do kategorii takich uregulowań zaliczamy chociażby art. 12 ust. 1 UZ (polityka zatrudnienia), bądź przepisy ograniczające prawa polityczne cudzoziemców (art. 8 ust. 1 UZ).

Aczkolwiek cudzoziemcy nie są w rozumieniu Ustawy Zasadniczej objęci ochroną praw obywatelskich, to nie zmienia to w niczym faktu, że możliwe jest tutaj powołanie się na art. 2 ust. 1 UZ („Każdy ma prawo do nieskrępowanego rozwoju swojej osobowości, o ile...”), bądź – z pewnymi zastrzeżeniami – także na art. 3 ust. 1 UZ („Wszyscy ludzie są równi wobec prawa”) ⁷⁰. W tym przypadku nie obowiązuje bowiem generalna zasada, że skoro nie jest możliwe korzystanie z ochrony określonego (szczegółowego) prawa, to nie jest przy tym dozwolone odwołanie się do ochrony (szerszej) wynikającej z innego uregulowania konstytucyjnego. Przewidziana art. 2 ust. 1 UZ ochrona jest jednak, stosownie do orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego esencjonalnie słabsza ⁷¹, aniżeli ochrona wynikająca z praw obywatelskich.

⁶⁹ Gesetz zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts (StAG) z 15 lipca 1999 r., (BGBl. I, 1999, nr 38), s. 1618.

⁷⁰ A. Siehr, *Die Deutschenrechte des Grundgesetzes. Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechtsidee und Staatsmitgliedschaft*, Berlin 2001, s. 426 n.

⁷¹ Orzeczenia FTK z 18 lipca 1973 r., (BVerGE 35, 382, 399) oraz z 10 maja 1988 r., (BVerGE 78, 179, 197).

Jeżeli dotąd była mowa o osobach fizycznych jako uprawnionych do korzystania z ochrony praw podstawowych, to krąg takich adresatów art. 19 ust. 3 UZ istotnie poszerza o osoby prawne prawa krajowego (*inländische juristische Personen*). Przy podwójnym atoli założeniu. Po pierwsze, jeśli prawa podstawowe co do treści znajdują w ich przypadku zastosowanie oraz, po wtóre, jeśli wspomniane osoby prawne posiadają zdolność prawną. Wspólnoty, które takiej zdolności nie posiadają nie mogą zatem – same z siebie – powoływać się na ochronę wynikającą z praw podstawowych. Nie wyklucza to jednakże powoływania się na taką ochronę ze strony poszczególnych członków przedmiotowych wspólnot. Niezależnie od tego przyjmuje się według panującej opinii za uprawnione udzielanie takiej ochrony wspólnocie nie posiadającej zdolności prawnej, ale wystarczająco (*hinreichend*) zorganizowanej grupie osób wtedy, gdy rozsądnym przedstawia się wyłożenie określonego prawa podstawowego na jej rzecz⁷².

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że wspólnota złożona – w rozumieniu § 14 Ustawy o stowarzyszeniach (*Vereinsgesetz*)⁷³ – z cudzoziemców (lub w większości z cudzoziemców), nie może jako osoba prawna prawa krajowego ubiegać się o objęcie jej prawami przysługującymi obywatelom niemieckim. Na przeszkodzie stoi bowiem jedność porządku prawnego, według której to jedności nie jest możliwe stosowanie rzeczonych praw w przypadku osób prawnych jako wspólnot, gdy tymczasem takie prawa nie przysługują ich członkom.

Przywołany już tutaj art. 19 ust. 3 UZ odnosi się, jak zostało to już powiedziane, do osób prawnych prawa krajowego. Stosownie do przeważającej opinii przyjmuje się w doktrynie, że mowa tu o osobach prawnych, których ośrodek aktywności oraz siedziba zarządu (kierownictwa) znajduje się w kraju⁷⁴. Tymczasem supranarodowy charakter prawa Unii Europejskiej dochodzi jednak do głosu w taki sposób, że pod pojęciem siedziby krajowej rozumie się obecnie również siedzibę w jednym z państw-członków Unii Europejskiej. Taka interpretacja, aczkolwiek sprzeczna z literalną wykładnią art. 19

⁷² R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 33, s. 195. Tamże liczne przykłady.

⁷³ Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (*Vereinsgesetz*, *VereinsG*) z 5 sierpnia 1964 r., (BGBl. I, 1964, nr 42), s. 593.

⁷⁴ M. Kotzur, *Der Begriff der inländischen juristischen Person nach Art. 19 Abs. 3 GG im Kontext der EU*, "Die Öffentliche Verwaltung" 2001, nr 5, s. 192–199.

ust. 3 UZ, odpowiada bowiem sensowi prymatu prawa unijnego w stosunku do prawa narodowego. Jest to zresztą skądinąd również dlatego zrozumiałe, jeśli pomyśleć, że Unia Europejska oznacza dzisiaj wspólny rynek, a więc obszar bez granic wewnętrznych. Stosowanie zatem pojęcia siedziby krajowej jako wyłącznie znajdującej się w Niemczech, musiałoby prowadzić w rezultacie do kolizji z art. 18 i 19 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁷⁵.

Z uwagi na treść nie wszystkie jednak prawa podstawowe zawarte w Ustawie Zasadniczej znajdują zastosowanie w przypadku osób prawnych. W tej grupie znalazły się takie, o których możemy powiedzieć, że noszą one w formie gwarancji charakter praw wysoce osobistych. Są to: nienaruszalność godności człowieka (art. 1 ust. 1 UZ), prawo do życia, nietykalności cielesnej i wolności osobistej (art. 2 ust. 2 oraz art. 104 ust. 1 UZ), równouprawnienia kobiet i mężczyzn oraz zakaz dyskryminacji z uwagi na płeć, pochodzenie, rasę, wyznanie bądź poglądy polityczne (art. 3 ust. 2 i 3 UZ), prawo do odmowy służby wojskowej z bronią w ręku dyktowane względami sumienia (art. 4 ust. 3 UZ), czy wreszcie szczególna ochrona małżeństwa i rodziny (art. 6 ust. 1 UZ).

Inaczej wygląda to natomiast w przypadku tych praw podstawowych, które odnoszą się w swoich uregulowaniach do kwestii o charakterze ogólnym. Są nimi: nieskrępowany rozwój (art. 2 ust. 1 UZ), równouprawnienie (art. 3 ust. 1 UZ), prawo do zgromadzeń (art. 8 UZ), prawo zrzeszania (art. 9 UZ), tajemnica korespondencji i komunikacji elektronicznej (art. 10 UZ), wybór zawodu (art. 12 ust. 1 UZ), nienaruszalność mieszkania (art. 13 ust. 1 UZ), prawo własności (art. 14 UZ) oraz składanie petycji (art. 17 UZ). Trzeba jednak tutaj od razu wskazać, że nie brakuje wątpliwości co do zasadności takiej kwalifikacji niektórych z nich.

Spornymi są te uregulowania, które poprzez kombinację ogólnego prawa osobistego (art. 2 ust. 1 UZ w połączeniu z art. 1 ust. 1 UZ) umożliwiają przykładowo korzystanie w przypadku osoby prawnej z prawa do samookreślenia informacyjnego bądź ochrony czci. Przedmiotowa wątpliwość znajduje zatem rozwiązanie w taki sposób, że prawa podstawowe o charakterze wysoce osobistym mogą być urzeczywistniane przez osoby prawne tylko wte-

⁷⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) z 26 października 2012 r., (Dz.Urz. UE 2012, C 326/47), s. 56.

dy, gdy służą one równocześnie jednostkom stojącym za taką osobą prawną. I tak, dla przykładu, osoba prawna może powołać się na wolność słowa jako wyraz ogólnego prawa do nieskrępowanego rozwoju (art. 2 ust. 1 UZ), gdyż ma to miejsce za pośrednictwem osób fizycznych, które pozostają w relacji przynależności do takiej osoby prawnej.

W rozważaniach na temat uprawnionych do korzystania w rozumieniu art. 19 ust. 3 UZ z ochrony praw podstawowych nie wolno pominąć nam jeszcze jednej dychotomii, a mianowicie podziału osób prawnych na osoby prawne prawa prywatnego (*juristische Personen des Privatrechts*) oraz osoby prawne prawa publicznego (*juristische Personen des öffentlichen Rechts*). W tej drugiej kategorii mieszczą się takie korporacje jak federacja/związek (*Bund*), kraje związkowe (*Bundesländer*), gminy (*Gemeinden*), zakłady (*Anstalten*) bądź fundacje (*Stiftungen*). Aczkolwiek wszystkie one nie mogą – zasadniczo – powoływać się na prawa podstawowe, to są nimi związane. Powodem jest wykonywanie przez nie funkcji państwowych.

Za Zippeliusem i Würtenbergerem można jednak podnieść, że tzw. argument konfuzji, czyli sytuacja, w której państwo nie może być gwarantem i korzystającym równocześnie z poręczanych przez siebie praw, nie u wszystkich znajduje zrozumienie⁷⁶. Autorzy ci wskazują bowiem, że prawo organizacyjne reguluje za każdym razem, które kompetencje pozostają w gestii danej osoby prawnej prawa publicznego. To zaś prowadzi do tego, że stosownie do danego porządku kompetencyjnego nie jest możliwe wykorzystywanie praw podstawowych do obrony przed środkami, które mogą zostać przedsięwzięte w publiczno-prawnie uregulowanym zakresie kompetencyjnym i operacyjnym⁷⁷.

Zasada ta obowiązuje również wtedy, gdy zadania publiczne wypełniane są przez osoby prawne prawa prywatnego. Sama zmiana formy prawnej nie może bowiem zostać uznana za wystarczającą do występowania przez państwo w roli podmiotu zdolnego do działań w zakresie praw podstawowych. Od tak kategorycznie sformułowanej reguły przewidziano jednakże różne wyjątki. I tak, przyjmuje się, że uregulowania praw podstawowych można zastosować do osób prawnych prawa publicznego, jeśli ich utworzenie albo działalność jest podporządkowana bezpośrednio za pomocą określonych praw podsta-

⁷⁶ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 44, s. 197.

⁷⁷ Orzeczenia FTK z 2 maja 1967 r., (BVerGE 21, 362, 368); z 31 października 1984 r., (BVerGE 68, 193, 205) oraz z 14 kwietnia 1987 r., (BVerGE 75, 192, 196).

wowych chronionemu obszarowi życia w taki sposób, że wskazana jest stosowna ochrona prawna przed nadmiernym wpływem państwa⁷⁸.

Potrzeba przeciwdziałania niebezpieczeństwu takiego właśnie wpływu leżała u podstaw orzeczeń Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, według którego zdolność prawna w zakresie praw podstawowych w przypadku rozgłośni radiowych jest nieodzowna do zbierania i przetwarzania informacji⁷⁹. Tym samym rozgłoszenie radiowe nie muszą powoływać się dłużej tylko na art. 5 ust. 1 zdanie 2 UZ, ale mogą to także uczynić na podstawie art. 10 UZ. Podobnie jest w przypadku szkół wyższych, którym zasadniczo pozwala się dochodzić swoich praw na podstawie art. 5 ust. 3 zdanie 1 UZ, pozostawiając wszakże zakres tego uprawnienia otwarty⁸⁰. W obydwu podanych przypadkach pozostaje bowiem bezsporne, że nie ma tutaj mowy o funkcjach państwowych, które sprowadzałyby się do rozpowszechniania *stricte* państwowych treści informacyjnych bądź uprawiania *stricte* państwowej nauki i sztuki⁸¹.

Źródłem daleko idących kontrowersji pozostaje również kwestia, czy osoby prawne prawa publicznego (przykładowo gminy) korzystają z ochrony praw podstawowych względem prywatno-prawnych pozycji prawnych (przykładowo prawa własności), bądź takiego samego wymienionego rodzaju działań, które leżą poza zakresem ich zadań publicznych. Bynajmniej nie jest bowiem jedynie teoretyczną konstrukcją rozważanie istnienia w stosunku do domu czynszowego pozostającego we władaniu gminy ochrony praw podstawowych. Podobnie jest zresztą w przypadku mieszanych własnościowo publicznych podmiotów gospodarczych⁸².

Linia orzecznicza Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie jest tutaj – niestety – jednoznaczna. Wprawdzie podtrzymywana jest zgodna z orzeczeniem Trybunału⁸³ wykładnia o braku takiej ochrony w podanych przypadkach, tym niemniej w nowszym postanowieniu tegoż samego Trybunału znajdujemy sformułowanie, które świadczy o częściowym przynajmniej od-

⁷⁸ Orzeczenie FTK z 31 października 1984 r., (BVerGE 68, 193, 205).

⁷⁹ Orzeczenia FTK z 27 lipca 1971 r., (BVerGE 31, 314, 322) oraz z 23 marca 1988 r., (BVerGE 78, 101, 102).

⁸⁰ Orzeczenie FTK z 16 stycznia 1963 r., (BVerGE 15, 256, 262 n.).

⁸¹ J. Wilms, J. Roth, *Die Anwendbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf juristische Personen i.S. von Art. 19 III GG*, "Juristische Schulung" 2004, nr 7, s. 577–580.

⁸² R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 50–51, s. 197–198.

⁸³ Orzeczenie FTK z 8 lipca 1982 r., (BVerGE 61, 82, 105 n.).

wrocie z zajmowanej do tej pory pozycji. Czytamy tam bowiem, że „Uprawienie do praw podstawowych zależy istotnie od funkcji osoby prawnej prawa publicznego, której dotyczy zakwestionowany akt [prawny] władzy publicznej”⁸⁴. To swoiste zróżnicowanie pozwala zatem odczytać się w następującej formie, że osobom prawnym prawa publicznego nie przysługuje ochrona praw podstawowych w „każdym bądź razie... tak długo” (*jedenfalls... soweit*), jak dalece wykonywane są przez nie zadania publiczne⁸⁵.

O braku jednoznaczności musimy powiedzieć także w przypadku twierdzenia o braku zdolności prawnej w zakresie praw podstawowych osób prawnych prawa publicznego. Teza ta jest – jak podają Zippelius i Würtenberger – gorąco krytykowana⁸⁶. Według przytaczanych na poparcie swojej tezy racji, nie jest zasadne twierdzenie o niemożności pogodzenia stron konfliktu kompetencyjnego przy pomocy argumentów z dziedziny praw podstawowych. Także dlatego, ponieważ zdaniem tych autorów Federalny Trybunał Konstytucyjny nie rozstrzygał do tej pory w kwestiach konfliktów kompetencyjnych, ale ochrony praw podstawowych. I jakby tego było mało, w brzmieniu art. 19 ust. 3 UZ nie znajdziemy podziału na osoby prawne prawa publicznego i osoby prawne prawa prywatnego. Stąd decydujące dla ochrony praw podstawowych wobec osób prawnych jest hipotetyczne zagrożenie w tym zakresie. Odwołując się zatem do powyższej konstrukcji orzeczenia Trybunału wolno nam napisać, że zagrożenie to może być realne w „każdym bądź razie tak długo”, jak dalece osoby prawne prawa publicznego nie będą organizacyjnie związane wykonywaniem poleceń oraz nadzorem instytucji państwowych.

Podsumowaniem rozważań na temat uprawnionych do korzystania z ochrony praw publicznych jest jeszcze wskazanie kilku specyficznych przypadków, gdzie ma to miejsce. Pierwszy stanowią wspólnoty religijne⁸⁷. Także wtedy, gdy stanowią one korporacje prawa publicznego, nie wykonują one funkcji państwowych. Stąd nie zachodzi potrzeba specjalnego dowodzenia w przypadku korzystania przez nie z praw podstawowych. Drugi przypadek odnosi

⁸⁴ Postanowienie FTK z 11 grudnia 2008 r., (1 BvR 1665/08). „*Die Grundrechtsberechtigung hängt namentlich von der Funktion ab, in der die juristische Person des öffentlichen Rechts von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen wird*”.

⁸⁵ Orzeczenie FTK z 31 października 1984 r., (BVerGE 68, 193, 206).

⁸⁶ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 53, s. 198.

⁸⁷ Orzeczenie FTK z 25 marca 1980 r., (BVerGE 53, 366, 387).

się do procesowych praw podstawowych według art. 101 ust. 1 zdanie 2 UZ oraz art. 103 ust. 1 UZ. Obydwa wspomniane uregulowania zawierają zasady postępowania sądowego, które dotyczą naturalnie również osób prawnych, w tym, co istotne, zagranicznych osób prawnych⁸⁸ oraz osób prawnych prawa publicznego⁸⁹. Po trzecie i ostatnie, na uwagę zasługuje *casus* posłów oraz urzędników państwowych. Obie te kategorie funkcjonariuszy publicznych nie mogą powoływać się na ochronę wynikającą z praw podstawowych: pierwsi w przypadku swoich wypowiedzi w parlamencie, drudzy natomiast ze względu na wykonywane przez siebie czynności służbowe.

VII. Ochrona praw podstawowych w perspektywie czasowej i przestrzennej

Jeśli do tej pory obiektem i zainteresowania, i roztrząsania były z naszej strony kwestie związane z adresatem ochrony praw podstawowych, tak konieczne jest teraz zwrócenie uwagi na problem, kiedy przedmiotowa ochrona się rozpoczyna, a kiedy kończy. Nie jest to bynajmniej kwestia nie budząca sporów i wątpliwości. I jeżeli jest tutaj cokolwiek pewne, to jedynie ten fakt, że w doktrynie nie ma (nadal) jednolite wypracowanego stanowiska wobec ochrony praw podstawowych w przypadku życia nienarodzonego oraz *post mortem*.

Rozumienie nienarodzonego życia według art. 2 ust. 2 UZ pozostaje oczywiście punktem wyjścia orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego⁹⁰. Takim punktem jest naturalnie również nakaz zawarty w art. 1 ust. 1 UZ. Tym samym nienarodzone życie można określić jako podmiot chroniony przez prawo. Według przeważającego poglądu przysługują mu zatem zarówno zdolność prawna w zakresie praw podstawowych jak i związane z nimi podmiotowe uprawnienia⁹¹. Pomijając w tym miejscu trudności z ustaleniem w sposób naukowo nie wywołujący wątpliwości początku i końca ludzkiego

⁸⁸ Orzeczenie FTK z 8 listopada 1960 r., (BVerGE 12, 6, 8).

⁸⁹ Orzeczenie FTK z 16 stycznia 1957 r., (BVerGE 6, 32, 49 n.).

⁹⁰ Orzeczenie FTK z 28 maja 1993 r., (BVerGE 88, 203, 251). „*Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben, auch das ungeborene, zu schützen. Diese Schutzpflicht hat ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 GG; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt*”.

⁹¹ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 61, s. 199. Tamże odwołania do innych autorów.

życia, trudno nie wskazać, że tak w jednym, jak w drugim przypadku musi być – stosownie do wspomnianych uregulowań konstytucyjnych – zachowana ochrona godności życia człowieka.

Zachowanie prawa do ochrony godności człowieka po jego śmierci przyjmuje się w orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego za bezdyskusyjne⁹². Skoro jednostka korzystała za życia z prawa do ochrony swojej godności, nie może tym bardziej utracić jej po swojej śmierci. Tym niemniej trudne jest prawne wyobrażenie sobie zmarłego jako podmiot praw podstawowych. Stąd może być w takim przypadku mowa – co najwyżej – o prawie zstępnym do wystąpienia z roszczeniem o ochronę godności zmarłego (*post mortale Persönlichkeitsschutzanspruch*). Ponieważ jednak roszczenie to daje się uzasadnić lub (jak kto woli) wyprowadzić jedynie z art. 1 ust. 1 UZ, to mówienie o osobowościowym (według art. 2 ust. 1 UZ) charakterze roszczenia jest wprowadzające w błąd. Godność człowieka jest bowiem jego przymiotem, a nie nim samym. Rozróżnienie to ma dla trwałości ochrony godności istotne znaczenie, ponieważ zgodnie z przywołanym powyżej orzeczeniem, trwanie (długość) ochrony *post mortem* jest determinowane pamięcią o zmarłym w taki sposób, że z czasem błędnie ona i tym samym zanika potrzeba takiej ochrony⁹³.

Czasem jako jednostką miary ochrony praw podstawowych przyjdzie także odmierzyć jego znaczenie dla jeszcze innej kategorii adresatów, a mianowicie dla niepełnoletnich (*Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger*). Podstawowe pytanie brzmi tutaj, od jakiej granicy wieku jest możliwe/dozwolone wykonywanie bądź korzystanie ze wspomnianych praw. Ponieważ postulatywne oczekiwanie, że pełnoletność zależy od osiągnięcia określonego stanu dojrzałości psychicznej okazuje się wysoce niewystarczające, nie pozostaje ustawodawcy nic innego, jak zdefiniować tę cezurę w sposób prawny. Stąd, drogą ustawodawstwa zwykłego, oznaczono w niektórych przypadkach, że możliwość wykonywania praw podstawowych wiąże się ze spełnieniem warunku ukończenia określonego roku życia.

⁹² Orzeczenie FTK z 24 lutego 1971 r., (BVerGE 30, 173, 194).

⁹³ Ibidem „(...), daß das Schutzbedürfnis – und entsprechend die Schutzverpflichtung – in dem Maße schwindet, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblaßt und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt”.

Sformułowanie „w niektórych przypadkach” musi zostać tutaj wyłożone w taki sposób, iż nie zawsze jest to możliwe albo sensowne, i dlatego nie zawsze zostało to przez ustawodawcę dokonane. Jeżeli zatem takiego uregulowania prawnego brakuje, to z całą oczywistością narzuca się przykładowe pytanie, od kiedy (od jakiego wieku) możliwe są udział w pokojowym zgromadzeniu stosownie do art. 8 ust. 1 UZ, bądź składanie petycji według art. 17 UZ. Mechaniczne przeniesienie konstrukcji cywilno-prawnych nie może dać tutaj satysfakcjonującego ustrojowo rozwiązania, podobnie zresztą jak odwołanie się do rozwiązań cywilno-procesowych.

Gwoli ścisłości trzeba jednak przyznać, że uregulowania ustawodawstwa zwykłego mogą i są zresztą punktem odniesienia do ustalenia pożądanej granicy pełnoletności. I tak, w przypadku opieki nad osobami niepełnoletnimi pomocne jest rozwiązanie § 1896 niemieckiego Kodeksu Cywilnego⁹⁴ odnoszące się do opieki nad osobami ubezwłasnowolnionymi. W postępowaniu procesowym niezdolny do czynności prawnych (czyli niepełnoletni) jest uważany na tej zasadzie jako posiadający zdolność procesową⁹⁵. Trudniejszą kwestię przedstawia atoli udział niepełnoletniego w zgromadzeniu pokojowym bez zgody rodziców bądź jego prawnych opiekunów. Jeżeli rozpatrywać przedstawiony przypadek jedynie w kategoriach prawnych, to nasuwa się dwojakie pytanie i takąż dwojaka odpowiedź.

Na pytanie pierwsze, czy niepełnoletniemu przysługuje prawo do udziału w zgromadzeniu o charakterze publicznym, odpowiedź jest twierdząca⁹⁶. Czy natomiast, według drugiego pytania, niepełnoletniemu przysługuje roszczenie dochodzenia swoich praw na drodze sądowej, odpowiedź jest negatywna. Różnica odpowiedzi bierze się stąd, że za pierwszym razem ważniejsza jest wolność jednostki do udziału w zgromadzeniu, natomiast w przypadku drugim ważniejsze są prawa rodzicielskie. Łatwo bowiem dostrzec, że jeśli uczestniczenie w manifestacji niepełnoletniego bez zgody rodziców jest czynem mało chwalebnym, to jednakże nie noszącym znamion czynu zabronionego, gdy tymczasem wszczęcie z jego powództwa postępowania sądowego, chociażby tylko ze względu na spodziewane koszty procesowe, byłoby

⁹⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), t.j. 2 stycznia 2002 r., (BGBl. I, 2002, nr 2), s. 292.

⁹⁵ Orzeczenie FTK z 10 lutego 1960 r., (BVerGE 10, 302, 306).

⁹⁶ W. Roth, *Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung*, Berlin 2003, s. 229.

już poważnym uszczerbkiem dla władzy rodzicielskiej gwarantowanej przez art. 6 ust. 2 UZ.

Zagadnieniem zupełnie innej natury jest aspekt przestrzenny obowiązywania praw podstawowych. Za oczywisty przyjmuje się pogląd i nie wymagający zatem dowodzenia, że prawa podstawowe obowiązują na terytorium Republiki Federalnej Niemiec. Oczywistość tego poglądu prowokuje bądź skłania przynajmniej do postawienia pytania, co dzieje się w przypadku obywateli niemieckich poza granicami Niemiec, a wreszcie istotna jest odpowiedź na pytanie, czy i pod jakimi warunkami obcokrajowcy mogą powołać się za granicą na ochronną funkcję praw podstawowych gwarantowanych niemiecką Ustawą Zasadniczą.

Niemieckie prawa podstawowe obowiązują poza granicami Niemiec, jeśli podejmowane przez niemiecką władzę publiczną działania mogłyby, bądź wręcz wpływają na sytuację prawną obywatela niemieckiego⁹⁷. To z jednej strony. Z drugiej natomiast do rzeczzonego oddziaływania dochodzi także wtedy, gdy obywatel niemiecki odwołuje się do konsularnej bądź dyplomatycznej pomocy swojego państwa. Taki przypadek nie zachodzi natomiast wówczas, gdy obcokrajowiec na terenie niemieckiego przedstawicielstwa dyplomatycznego występuje z roszczeniem o ochronę na podstawie art. 2 ust. 2 UZ w połączeniu z art. 1 ust. 1 UZ. Nie podejmując w tym miejscu kwestii azylu politycznego, należy jednak, już teraz, zwrócić uwagę, że spektrum przypadków w poruszanej materii pozostaje niewyczerpanym źródłem (nie)stosowania odnośnych praw podstawowych.

Istnienie różnych praw podstawowych wywołuje w aspekcie czasowym oraz przestrzennym i takie pytanie, co dzieje się w przypadku ich ewentualnego konkurowania ze sobą. Nauka niemieckiego prawa konstytucyjnego (ustrojowego) przynosi tu następującą odpowiedź, iż zakres ochrony w stosunku do danego podmiotu wielu (różnych) praw podstawowych nie wyklucza ich łącznego zastosowania do konkretnego stanu faktycznego⁹⁸. Odpowiedź ta nie daje jednak wyjaśnienia, czy przedmiotowe prawa dochodzą do skutku równoległe do siebie, czy też wręcz przeciwnie, niektóre z nich korzystają z prawa pierwszeństwa wobec pozostałych. Wreszcie nie sposób przemilczeć

⁹⁷ Orzeczenia FTK z 21 marca 1957 r., (BVerGE 6, 290, 295) oraz z 25 marca 1981 r., (BVerGE 57, 9, 23).

⁹⁸ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 81, s. 202.

tlącej się w tym kontekście wątpliwości, czy kontrola ewentualnego zastosowania jednego z praw podstawowych może włączyć inne prawo podstawowe do takiego procedowania.

Pomocne rozwiązanie przedstawionej łamigłówki przynosi import znanych z prawa karnego reguł specjalności (*Spezialität*) oraz zbiegu idealnego (*Idealkonkurrenz*). Reguła specjalności w stosunku do określonego prawa podstawowego zachodzi wtedy, gdy prawo to zawiera wszystkie znamiona ogólniejszego prawa podstawowego oraz, ponadto, wykazuje przynajmniej jeszcze jedno znamię innego prawa podstawowego. Na uwagę zasługuje przy tym fakt, że reguła specjalności zachodzi w stosunku do określonego prawa podstawowego w szerszym tego słowa pojęciu także wtedy, gdy mało ogólne prawo nie nosi wszystkich znamion, lecz w pojedynczym przypadku znamiona ogólniejszego prawa podstawowego. W praktyce wygląda to zatem tak, że art. 4 ust. 2 UZ wypiera ogólniejszy art. 8 UZ.

W przypadku zbiegu idealnego wielu praw podstawowych, wszystkie one dochodzą do głosu jednocześnie. Nie odgrywa przy tym żadnej roli, czy którekolwiek z nich zawiera mocniejsze (ważniejsze) bądź słabsze (mniej ważne) uregulowania ograniczające. Znajdujące zastosowanie prawo musi przy tym zostać uznane za sprzeczne z konstytucją, jeśli chociażby tylko jedno z tych praw w zbiegu idealnym było niezgodne z Ustawą Zasadniczą. Stąd w podanej sytuacji należy rozpocząć kontrolę od tego prawa, które w określonym badanym przypadku zostaje uznane za najważniejsze⁹⁹. Tym niemniej w orzecnictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego natrafiamy niekiedy na inne założenie-pytanie, a mianowicie, czy w danym przypadku wykonywanie określonego prawa podstawowego stoi na pierwszym planie. Jeżeli taki przypadek właśnie zachodzi, to kontroli podlega to prawo, a nie każde inne pozostające z nim w mniej lub więcej logicznym związku¹⁰⁰.

Największe znaczenie musimy jednak w przeprowadzanym segmencie analizy przypisać jeszcze jednej konstrukcji prawnej, do której ostatnio zaczął się odwoływać Trybunał. W przypadku konkurujących praw podstawowych stanowi ją wzmocnienie zakresu ochrony (*Schutzbereichsverstärkung*).

⁹⁹ Orzeczenie FTK z 15 czerwca 1983 r., (BVerGE 64, 229, 239).

¹⁰⁰ W. Hoffmann-Riem, *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik*, "Der Staat" 2004, nr 43, s. 203–233.

I tak przykładowo takiemu wzmocnieniu może podlegać zakres ochrony powszechnej wolności działania za pośrednictwem zakresu ochrony wolności sumienia¹⁰¹, bądź zakres ochrony powszechnego prawa do nieskrępowanego rozwoju własnej osobowości przy pomocy zakresu ochrony małżeństwa i rodziny oraz rodzicielskich praw wychowawczych¹⁰².

Przedstawiona powyżej konstrukcja, a co za tym idzie linia orzecznicza Trybunału budzi jednak poważne kontrowersje i nie spotyka się z powszechnym uznaniem w doktrynie¹⁰³. Trudno bowiem nie zauważyć, że mieszanie zakresów ochrony nie uwzględnia dłuższej konstytucyjnej systematyki ochrony praw podstawowych, z których każde posiada przecież wbudowane szczególne uregulowania ograniczające (*Schrankenbestimmungen*). To prowadzi ostatecznie zatem do takiego rezultatu, że konstrukcja wzmocnienia zakresu ochrony praw podstawowych zniekształca systematykę ich immanentnych ograniczeń w Ustawie Zasadniczej.

Literatura

- Cremer W., *Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes*, "Die Öffentliche Verwaltung" 2003, nr 22.
- Dörr O., *Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte. Art. 19 Abs. 4 GG unter dem Einfluß des europäischen Unionsrechts*, Tübingen 2003.
- Fest J.C., *Das Gesicht des Dritten Reiches. Profile einer totalitären Herrschaft*, München 1980.
- Fleiner F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1928.
- Fritze L., *Verführung und Anpassung. Zur Logik der Weltanschauungsdiktatur*, Berlin 2004.
- Hain K.-E., *Zur Frage der Europäisierung des Grundgesetzes – Eine kritische Analyse*, „Deutsches Verwaltungsblatt“ 2002, nr 3.
- Hayek F.A., *Der Weg zur Knechtschaft*, München 2003.
- Hoffmann-Riem W., *Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik*, "Der Staat" 2004, nr 43.

¹⁰¹ Orzeczenie FTK z 15 stycznia 2002 r., (BVerGE 104, 337, 346).

¹⁰² Orzeczenie FTK z 15 grudnia 1999 r., (BVerGE 101, 361, 385 n.).

¹⁰³ R. Zippelius, Th. Würtenberger, op.cit., Rdnr 93, s. 204. Tamże odwołania do innych autorów.

- Huber P.M., *Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand. Ein verwaltungsrechtliches Phänomen vor der Neubewertung*, [w:] *Der Staat des Grundgesetzes. Kontinuität und Wandel*, Hrsg. M. Brenner, P.M. Huber, M. Möstl, Tübingen 2004.
- Jellinek G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i. B. 1892.
- Johnson P., *Historia świata*, London 1992.
- Kotzur M., *Der Begriff der inländischen juristischen Person nach Art. 19 Abs. 3 GG im Kontext der EU*, "Die Öffentliche Verwaltung" 2001, nr 5.
- Mager U., *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmungen einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*, Tübingen 2003.
- Morgenthaler G., *Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte*, Tübingen 1999.
- Nettesheim M., *Rationierung im Gesundheitswesen – Möglichkeiten und Grenzen*, „Verwaltungsarchiv“ 2002, nr 93.
- Pieroth B., *Artikel 142*, [w:] H.D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2007.
- Pünder H., *Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge*, "Verwaltungsarchiv" 2004, nr 95.
- Radbruch G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, [w:] *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Hrsg. A. Kaufmann, Heidelberg 1987–2003, t. III.
- Roth W., *Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung*, Berlin 2003.
- Siehr A., *Die Deutschenrechte des Grundgesetzes. Bürgerrechte im Spannungsfeld von Menschenrechtsidee und Staatsmitgliedschaft*, Berlin 2001.
- Wahl R., *Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich*, [w:] *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, t. I Entwicklungen und Grundlagen*, Hrsg. D. Merten, H.-J. Papier, Heidelberg 2004.
- Wilms J., Roth J., *Die Anwendbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf juristische Personen i.S. von Art. 19 III GG*, "Juristische Schulung" 2004, nr 7.
- Zehnpfennig B., *Hitlers Mein Kampf. Eine Interpretation*, München 2000.
- Zippelius R., *Allgemeine Staatslehre*, München 2007.
- Zippelius R., Würtenberger Th., *Deutsches Staatsrecht*, München 2008.